

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

HENRIQUE DE SOUZA PIMENTA

**A COOPERAÇÃO NO CPC-2015: COLABORAÇÃO,
COMPARTICIPAÇÃO OU COOPERAÇÃO PARA O PROCESSO?**

**VITÓRIA
2018**

HENRIQUE DE SOUZA PIMENTA

**A COOPERAÇÃO NO CPC-2015: COLABORAÇÃO,
COMPARTICIPAÇÃO OU COOPERAÇÃO PARA O PROCESSO?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, na linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais” como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Penedo Madureira

VITÓRIA
2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

P644c Pimenta, Henrique de Souza, 1989-
A cooperação no CPC-2015 : colaboração, participação
ou cooperação para o processo? / Henrique de Souza Pimenta.
– 2018.
147 f.

Orientador: Cláudio Penedo Madureira.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Brasil. [Código de Processo Civil (2015)]. 2. Direito
processual. 3. Cooperação. I. Madureira, Cláudio Penedo. II.
Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

HENRIQUE DE SOUZA PIMENTA

**A COOPERAÇÃO NO CPC-2015: COLABORAÇÃO,
COMPARTICIPAÇÃO OU COOPERAÇÃO PARA O PROCESSO?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, na linha de pesquisa “Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais” como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em ____ de _____ de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Cláudio Penedo Madureira (Orientador PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Hermes Zaneti Junior (PPGDIR/UFES)

Prof^ª. Dr^a Trícia Navarro Xavier Cabral (Membro externo - UFES)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Cristóvão e Gersa, e, também, à minha irmã, Livia, por todo o apoio que sempre conferiram a mim, especialmente durante o período da elaboração deste trabalho.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Cláudio Penedo Madureira, pela confiança em mim depositada e pelos diversos ensinamentos transferidos no transcorrer dos últimos dois anos e meio de convivência acadêmica.

Agradeço a toda a equipe que compõe a Coordenação e a Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), na pessoa da Prof.^a Dr.^a Adriana Pereira Campos, por toda a atenção e dedicação dispensada a mim.

Agradeço a todos os meus colegas de Mestrado, especialmente a Mateus Mello Garrute e Andressa Oliveira Cupertino de Castro, pelos momentos e reflexões compartilhadas ao longo do curso.

Agradeço aos amigos João Felipe Calmon Nogueira da Gama, Luís Otávio Monteiro Costa e Renan Küster Huber, que sempre foram muito solícitos em me ajudar durante a confecção desta pesquisa.

A todos, o meu muito obrigado!

RESUMO

A pesquisa se dedica ao tema da cooperação processual, de forma a examinar quais sujeitos processuais estão gravados por deveres cooperativos a partir do modelo cooperativo processual inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015. Identifica, a partir de uma perspectiva histórica, a existência de três modelos de organização processual: o adversarial, o inquisitivo e o cooperativo. O modelo adversarial é relacionado ao Estado Liberal e tem como características centrais o protagonismo das partes na condução do processo e a postura relativamente passiva do juiz durante o arco procedimental. Já o modelo inquisitivo corresponde ao Estado Social e é marcado pela presença do juiz como principal personagem do processo com vistas a encontrar a “verdade real”. De seu turno, o modelo cooperativo compatibiliza-se com o Estado Democrático Constitucional e organiza o processo em torno de uma “comunidade de trabalho”, na qual todos os sujeitos processuais contribuem, a partir de um ambiente dialógico, para a formação da decisão judicial de mérito justa, tempestiva e efetiva. Registra que o modelo cooperativo retira o seu fundamento do princípio da cooperação, que é compreendido como princípio dotado de normatividade para impor um estado de coisas, de modo que todas as condutas contrárias à promoção de um ambiente processual cooperativo serão consideradas ilícitas. Observa que os deveres cooperativos decorrem do princípio da boa-fé objetiva e imputam comportamentos cooperativos para todos os sujeitos processuais. Apresenta que o objetivo do processo contemporâneo é a tutela dos direitos de forma justa, adequada, tempestiva e compatível aos direitos fundamentais, de forma que todos os sujeitos processuais, sem exceção, devem observar deveres cooperativos. Verifica que os deveres cooperativos se ligam à função contrafática do fenômeno jurídico, de modo que serão impostos comportamentos contraintuitivos aos sujeitos processuais, pelo que todos os sujeitos processuais cooperam para o processo. Constata que o descumprimento dos deveres cooperativos gera sanções expressamente tipificadas em lei, assim como tem o potencial de acarretar uma série de desvantagens processuais, como, por exemplo, a sentença de revelia, a preclusão dos argumentos intempestivos, a sentença de mérito por insuficiência de provas.

Palavras-chave: Cooperação processual. Sujeitos processuais. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

The research is dedicated to the subject of procedural cooperation, in order to examine which procedural subjects are bound by cooperative duties from the cooperative process model inaugurated by the Procedure Civil Code of 2015. It identifies, from a historical perspective, the existence of three models of procedural organization: adversarial, inquisitorial and cooperative. The adversarial model is related to the Liberal State and its central characteristics are the protagonism of the parties in the conduct of the process and the relatively passive position of the judge during the procedural. The inquisitorial model corresponds to the Social State and is marked by the presence of the judge as the main character of the process with a view to finding the "real truth". From its turn, the cooperative model is compatible with the Constitutional Democratic State and organizes the process around a "work community", in which all the procedural subjects contribute, from a dialogic environment, to the formation of the decision of judicial process of fair, timely and effective merit. It notes that the cooperative model find its foundation from the principle of cooperation, which is understood as a principle endowed with normativity to impose a state of affairs, so that, all conduct contrary to the promotion of a cooperative process environment will be considered illegal. It notes that cooperative duties derive from the principle of good faith and imply cooperative behavior for all procedural subjects. It states that the objective of the contemporary process is to safeguard rights in a fair, adequate, timely and compatible manner to fundamental rights, so that all procedural subjects, without exception, must observe cooperative duties. It verifies that cooperative duties are linked to the counterfactual function of the legal phenomenon, so that counterintuitive behaviors will be imposed on procedural subjects, so that all procedural subjects cooperate for the process. It notes that non-compliance with cooperative duties generates sanctions expressly established by law, as well as having the potential to entail a number of procedural disadvantages, such as a default judgment, the preclusion of untimely arguments, a judgment of merit on the grounds of insufficiency of evidence.

Keywords: Procedural cooperation. Procedural subjects. Code of Civil Procedure of 2015.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
§§	Parágrafos
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CPC-2015	Código de Processo Civil de 2015
CRFB-88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1. OS MODELOS DE PROCESSO CIVIL.....	15
1.1 O MODELO ADVERSARIAL DE PROCESSO.....	18
1.1.1 Origem histórica.....	18
1.1.2 A ideologia liberal e o modelo adversarial de processo.....	22
1.1.2.1 A igualdade formal como elemento indispensável para a disputa adversarial.....	23
1.1.2.2 Do princípio dispositivo.....	27
1.1.3 O papel do juiz e a busca da justiça no modelo adversarial.....	29
1.2 O MODELO INQUISITIVO DE PROCESSO: UMA RESPOSTA AO MODELO LIBERAL DE ESTADO.....	30
1.2.1 Anton Menger e Franz Klein: principais influências da socialização do processo no âmbito legislativo da Europa Continental.....	32
1.2.2 A importância da doutrina alemã de Oskar von Bülow para a socialização processual das primeiras décadas do século XX.....	36
1.2.3 O papel do juiz e a busca da justiça no modelo inquisitivo.....	37
1.3 O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO PREVISTO PELO ART. 6º DO CPC-2015 E O ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.....	38
 CAPÍTULO 2. AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL E OS MODELOS PROCESSUAIS.....	 43
2.1 O PRAXISMO COMO FASE METODOLÓGICA RELACIONADA TANTO AO MODELO ADVERSARIAL QUANTO AO MODELO INQUISITIVO.....	45
2.1.1 Contextos históricos relacionados ao modelo adversarial.....	47
2.1.2 Contextos históricos relacionados ao modelo inquisitivo.....	49
2.1.3 Observações complementares.....	50
2.2 O PROCESSUALISMO E O INSTRUMENTALISMO COMO FASES RELACIONADAS AO MODELO INQUISITIVO DE PROCESSO.....	50

2.2.1 Relacionamento do processualismo ao modelo inquisitivo.....	55
2.2.2 Relacionamento do instrumentalismo ao modelo inquisitivo.....	57
2.3 O FORMALISMO VALORATIVO COMO NOVA FASE METODOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO.....	59
CAPÍTULO 3. A MUDANÇA DA METODOLOGIA JURÍDICA A PARTIR DO PÓS SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	66
3.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	69
3.2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	71
3.3 A NOVA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	72
3.4 OS IMPACTOS DA NOVA METODOLOGIA JURÍDICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	74
CAPÍTULO 4. AS BASES DO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO CONCEBIDO PELO CPC-2015.....	79
4.1 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO MODELO COOPERATIVO.....	83
4.1.1 A relação entre a democracia deliberativa/discursiva e o modelo cooperativo de processo.....	84
4.1.2 Os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e o modelo cooperativo processual.....	91
4.2 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO ENQUANTO FUNDAMENTO DO MODELO COOPERATIVO E SUA EFICÁCIA JURÍDICO-NORMATIVA.....	94
4.3 OS DEVERES PROCESSUAIS DECORRENTES DA COOPERAÇÃO DO ÓRGÃO JUDICIAL PARA COM AS PARTES E A INFLUÊNCIA DO REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO CONTRADITÓRIO.....	99
4.4 OS DEVERES PROCESSUAIS DECORRENTES DA COOPERAÇÃO: OS DEVERES DAS PARTES PARA COM O JUIZ.....	104
4.5 OS DEVERES PROCESSUAIS DAS PARTES PARA COM OS SEUS ADVERSÁRIOS NO PROCESSO.....	105
4.5.1 Posicionamento de Daniel Mitidiero.....	107

4.5.2 Posicionamento de Fredie Didier Jr.....	110
4.5.3 Posicionamento de Hermes Zaneti Jr.....	113
4.5.4 A crítica aos posicionamentos de Daniel Mitidiero, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.....	116
4.5.5 A crítica da crítica.....	120
 CONCLUSÕES.....	 133
 REFERÊNCIAS.....	 137

INTRODUÇÃO

O conflito está presente em todas as sociedades ao longo da história da humanidade, desde as mais primitivas até as mais avançadas. Não importa o modelo econômico adotado, se o Estado é laico ou teocrático, se o regime de governo é democrático ou autoritário, se a sociedade é composta por indivíduos que comungam dos mesmos valores ou se é cosmopolita, de qualquer modo lá sempre estará o conflito. Portanto, parece que o litígio, a disputa, a contenda, faz parte da própria natureza humana.¹

É por isso que não basta que uma sociedade estruture uma pauta de condutas que deva ser seguida por todos para que se alcance a paz social, uma vez que, como tais normas serão descumpridas, mostra-se imprescindível que também se organize um método para solucionar os litígios. Nesse instante, surgirão as primeiras normas jurídicas processuais, que deverão promover um caminho para recompor a violação jurídica sofrida por determinado indivíduo.

O modo como isso será feito pode variar significativamente no tempo e no espaço. A cultura de cada sociedade irá moldar a forma como se deve dar a resolução das disputas. No processo da idade média, por exemplo, era comum submeter os acusados a provas (ordálias) como forma de demonstrar a sua inocência. O método funcionava da seguinte maneira: o acusado de um crime era submetido a experiências com elementos naturais, como andar sobre o fogo durante um determinado período, ficar submerso durante certo tempo em um lago com águas congelantes ou mergulhar a mão em água fervente. Caso ele suportasse as adversidades que lhe eram impostas, entendia-se que houve uma intervenção divina que provava a sua inocência.²

O processo penal norte-americano, por sua vez, é estruturado em torno do *plea bargain*, no qual o promotor e o acusado convencionam um acordo quanto à pena que será aplicada pelo suposto descumprimento da lei penal. Nesse modelo, noventa por cento dos

¹ Nesse sentido, Jerome S. Bruner, psicólogo norte-americano e professor da *New York University School of Law*, em apresentação à obra *Direito, Cultura e Ritual*, de Oscar G. Chase, assevera: “Os conflitos são logicamente inevitáveis. Não há cultura que em algum momento atinja a harmonia utópica que seria necessária para superar este dado. Toda cultura em qualquer localidade, para sobreviver, depende de meios aceitáveis de resolução de conflitos capazes de impedir que os derrotados se vinguem ou sejam excluídos.” (BRUNER, Jerome S. In: CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 10).

² LEESON, Peter T. Ordeals. *Journal of Law and Economics*, vol. 55 (August 2012). The University of Chicago. Disponível em: < <http://www.peterleeson.com/Ordeals.pdf> >. Acesso em 06. Jan. 2017.

casos não vão a julgamento e terminam por meio de uma transação entre a promotoria e o acusado.³

Portanto, cada povo em dado momento histórico fará uma escolha quanto ao método que considera mais adequado para solucionar os litígios que surgem na sociedade, de modo que o processo civil poderá ser estruturado sob diferentes modelos. Na classificação proposta por Fredie Didier Jr.⁴, os modelos de direito processual civil podem ser reduzidos em três: o adversarial, o inquisitivo e o cooperativo. A principal diferença entre eles está no modo como as funções dos sujeitos processuais serão exercidas.

O modelo adversarial, de forma geral, é aquele estruturado como uma disputa entre autor e réu. As partes terão papel central e buscarão todas as provas necessárias para comprovar que o seu pleito merece ser o vencedor, enquanto o órgão julgador adotará uma postura mais passiva, exercendo um controle mínimo sobre o procedimento e cuja principal função será a decisória.⁵

Já o modelo inquisitivo é marcado pela figura do juiz como protagonista do processo, com acentuados poderes instrutórios com vistas a encontrar a denominada “verdade real”. As partes apresentam os fatos e fundamentos jurídicos e podem produzir provas, no entanto o juiz não está restrito ao que as partes trazem ao processo ou às provas por elas produzidas. Desse modo, nota-se que o papel das partes é reduzido pela ideia de que cabe ao juiz encontrar a solução mais justa para o caso concreto.⁶

Por fim, há o modelo cooperativo, que encontra fundamento no princípio da cooperação, que, por sua vez, retira as suas bases do princípio do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório.⁷ O modelo cooperativo enxerga o processo a partir de

³ MEADOR, Daniel John. *American courts*. St. Paul: West Group. 2000. p. 5.

⁴ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. 1. ed. Coord.: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 207-217.

⁵ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. 1. ed. Coord.: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 211.

⁶ DAMAŠKA, Mirjan R. *The face of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale University Press: New Haven and London, 1991. p. 3.

⁷ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. 1. ed. Coord.: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 211.

uma perspectiva policêntrica, de modo que nem o juiz nem as partes são os principais sujeitos processuais; todos estão correlacionados e participam na construção da decisão judicial.⁸

O Código de Processo Civil de 2015 parece haver adotado o modelo cooperativo, dada a opção plasmada em seu art. 6º, que enuncia que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Soma-se a isso a reestruturação do princípio do contraditório promovida pelo *caput* do art. 9º, pelo art. 10¹⁰ e pelo parágrafo único do art. 493¹¹, que incluíram o órgão jurisdicional como participante ativo do contraditório, positivando o contraditório substancial¹² como modelo adotado pela legislação brasileira, o que também remete à ideia de um processo cooperativo. Do mesmo modo, o inciso IV do §1º do art. 489¹³ do CPC-2015 confere destaque ao princípio do contraditório, porque condiciona a fundamentação da decisão judicial ao enfrentamento de “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Em reforço do modelo cooperativo, o Código de 2015 também prevê que todos os sujeitos que participam do processo devem atuar de acordo com a boa-fé (art. 5º¹⁴). Vê-se, pois, que toda a estrutura do processo civil brasileiro contemporâneo conduz ao modelo cooperativo, que compreende que uma adequada prestação jurisdicional só é realizada por meio da participação efetiva do juiz e das partes em uma comunidade de trabalho

⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 94.

⁹ CPC-2015: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

¹⁰ CPC-2015: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

¹¹ CPC-2015: “Art. 493 [...] Parágrafo Único. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

¹² O princípio do contraditório possui dimensão formal e substancial. Acerca do princípio do contraditório em seu aspecto formal, Sarlet, Marinoni e Mitidiero lecionam que ele “[...] é identificado como a simples bilateralidade de instância, dirigindo-se tão somente às partes. Nesse contexto, o contraditório realiza-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto é, uma parte tem o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tem o direito de, querendo, contrariá-las.” Por outro lado, em seu enfoque substancial, o princípio do contraditório “significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 767-768).

¹³ CPC-2015: “Art. 489 [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

¹⁴ CPC-2015: “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

(*arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro*) na qual todos contribuem para a formação da decisão judicial em um ambiente dialógico e cooperativo.¹⁵

No entanto, a referência mais explícita do legislador à adoção do modelo cooperativo é encontrada no artigo 6º do Código de 2015, que estabelece que todos os sujeitos do processo, sem exceção, devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. O problema que se coloca, quanto ao particular, é que a interpretação desse dispositivo comporta cizânia doutrinária. Para uma parcela da doutrina,¹⁶ a cooperação no processo só poderia ocorrer entre juiz e partes, mas não entre as partes, uma vez que essas se encontram em posições antagônicas no processo. Desse modo, há quem entenda que a própria natureza do processo pressupõe o conflito entre as partes, de modo que seria descabido falar em cooperação dentro do ambiente processual. Para essa corrente doutrinária, exigir cooperação entre as partes seria negar o próprio direito que os contendores têm de defender os seus interesses particulares no processo.¹⁷ Por outro lado, há, em doutrina, quem sustente que o dever de cooperação também se estende para a relação entre as partes,¹⁸ uma vez que a cooperação processual não implica em colaboração irrestrita entre as partes ou a negação da dimensão litigiosa do processo. Para essa outra corrente doutrinária, a cooperação entre as partes seria produto de deveres cooperativos objetivos, que se encontram dispostos em normas jurídicas e, por esse motivo, também incidiriam na relação entre as partes.¹⁹

¹⁵ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 137.

¹⁶ A propósito, cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70; STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao#_ftn5>. Acesso em 23. fev. 2018; BERALDO, Leonardo de Faria. O dever de cooperação no novo código de processo civil. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.). *Normas Fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 362.

¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70.

¹⁸ Nesse sentido, cf. DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. *Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015. p. 69-82.; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 50; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual contemporâneo: teoria geral do processo*. 7. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 11; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao estudo do direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 220.

¹⁹ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 136.

Posto isso, torna-se relevante investigar, a partir das bases do modelo cooperativo e das disposições legislativas colhidas do Código de 2015, se a cooperação prevista pela legislação processual brasileira apenas se configura na relação entre juiz e partes, ou se as partes também têm o dever de cooperar entre si com vistas a uma aplicação justa do Direito. Esse é objetivo deste estudo, que também procurará descrever, a partir dos conceitos de colaboração, compartilhamento e cooperação para o processo, os efetivos contornos do modelo cooperativo adotado pelo CPC/2015.

CAPÍTULO 1. OS MODELOS DE PROCESSO CIVIL

A “divisão do trabalho”²⁰ entre os sujeitos do processo é tema palpitante na doutrina. Para além dos aspectos estritamente dogmáticos, o modo como se estrutura a atuação do juiz e das partes já foi considerado como termômetro para aferir se determinado país se qualifica como um Estado autocrático ou democrático²¹, o que demonstra a abrangência e a importância da temática. Países nos quais predomina o modelo inquisitivo costumavam ser associados a regimes ditatoriais, em função da elevada importância do Estado-juiz durante o procedimento. Por outro lado, o modelo adversarial era relacionado a países democráticos, uma vez que estes conferem às partes o principal papel nos processos, relegando ao juiz a decisão do conflito a partir do material produzido pelos litigantes.

Atualmente, sabe-se que é imprópria a vinculação direta entre regimes de governo e modelos de processo, pois, conforme observado por Michelle Taruffo, a história apresenta diversos exemplos de países de viés autoritário que assentaram o seu processo civil em bases adversariais, ao passo que também é significativa a quantidade de países democráticos que se enquadram no modelo inquisitivo.²² De qualquer modo, não restam dúvidas de que a

²⁰ Expressão já bastante utilizada pela doutrina para se referir à organização dos papéis das partes no processo. Marinoni e Mitidiero informam que a expressão é de autoria de Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. Temas de direito processual – 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 35-44). Alvaro de Oliveira, por sua vez, vale-se da expressão “organização do formalismo”, que compreende a “delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 28). (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 744).

²¹ Nesse sentido, Fredie Didier destaca que: “A doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regime não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina”. (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. 1. ed. Coord.: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 210).

²² Nesse sentido, Taruffo leciona: “existiram vários regimes autoritários nos quais o processo civil permaneceu encarnado sobre o monopólio das partes no que concerne à condução do processo e a disponibilidade dos meios de prova: basta pensar no código napoleônico de 1806, que posteriormente serviu de modelo para numerosas codificações oitocentistas, do Regulamento processual austríaco de 1815 à Itália fascista, onde até o final de 1942 permaneceu em vigor o código liberal de 1865, ou à Espanha franquista na qual permaneceu em vigor a liberal *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881. Por outro lado, existem números sistemas democráticos nos quais o juiz dispõe de amplos poderes instrutórios, como ocorre, por exemplo, na França, na Suíça e na Alemanha”. No entanto, Taruffo realça que é “verdade que sistemas que se inspiraram na ideologia liberal clássica produziram sistemas processuais marcados pela presença de um juiz passivo e pelo monopólio de todos os poderes processuais e probatórios reservados às partes: é o que se verificou, por exemplo, nos Estados Unidos com a configuração do *adversarial system of litigation*, na Itália com a codificação processual de 1865 e em quase todas as codificações processuais do século XIX [...] Por outro lado, é também verdade que alguns regimes autoritários, como o soviético, estenderam de modo significativo os poderes instrutórios do juiz [...]” (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 62).

construção de um modelo processual guarda relação com questões ideológicas, políticas, econômicas, culturais e jurídicas de um país. Em verdade, a organização dos atores processuais acabará sempre por se relacionar com o modo como o Estado deve exercer o poder e com a participação que será conferida aos cidadãos durante o exercício desse poder, o que denota a importância da matéria.

A organização dos atores processuais também fere o tema dos poderes do juiz, que, segundo Carlos Alberto de Oliveira, é “um dos mais fascinantes da dogmática processual civil, porque se vincula estreitamente à natureza e à função do processo, à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos”.²³

Dito isso, importa fazer uma observação preliminar: a comparação entre os diferentes ordenamentos de direito processual se torna mais interessante e frutífera quando se toma em consideração não somente normas específicas, mas modelos processuais. Por essa razão, Taruffo destaca que a construção de modelos é obra do estudioso, que irá recortar dos ordenamentos os elementos necessários para a construção de “tipos ideais”²⁴ que deverão ser objeto do estudo comparativo. Do contrário, perder-se-ia em uma massa infinita de pormenores e a comparação não seria produtiva.²⁵

²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em 06. jan. 2018.

²⁴ O tipo ideal (*idealtyp*) é um instrumento de análise criado pelo sociólogo Max Weber (1864-1920) para que seja possível estudar determinados fenômenos sociais de maior amplitude a partir da consideração de seus caracteres essenciais, de modo que nesse conceito está subentendido que a investigação do autor sobre determinado tema não representa a totalidade da realidade, mas sim uma construção do próprio cientista social, que procura agrupar em seu modelo aquilo que considera de maior relevância sobre o assunto. Explicando o conceito de tipo ideal em Max Weber, Quintaneiro, Barbosa e Oliveira lecionam que: “Como não é possível a explicação de uma realidade social particular, única, por meio de uma análise exaustiva das relações causais que a constituem, uma vez que são infinitas, escolhem-se algumas dessas por meio da avaliação das influências ou efeitos que delas se costuma esperar. O cientista atribui a esses fragmentos um sentido, destaca certos aspectos cujo exame lhe parece importante: seu princípio de seleção baseando-se, portanto, em seus valores. Assim: ‘o objeto de estudo e a profundidade do estudo na infinidade das conexões causais são determinados somente pelas idéias de valor que dominam o investigador e sua época’, mas o método, os conceitos de que ele lança mão ligam-se às normas de validade científica e à utilização de uma teoria. A elaboração de um instrumento que oriente o cientista social em sua busca de conexões causais é muito valiosa do ponto de vista heurístico. Esse modelo é o tipo ideal, um instrumento do qual o cientista se vale para guiar-se na infinidade do real. Três são as características fundamentais que definem suas possibilidades e limites: a racionalidade, a unilateralidade e o caráter utópico, isto porque, diante de uma realidade infinita, sua elaboração permite a escolha de certas características do objeto que são relacionadas de modo racional, mas que sempre acentuam unilateralmente os traços considerados mais relevantes para a explicação. Nesse sentido, o tipo ideal só existe como utopia e não é, nem pretende ser, um reflexo ou uma repetição da realidade, muito menos um modelo do que deveria ser o real, que nunca corresponde exatamente ao que se vê no conceito típico-ideal, mas pode ser explicado por ele em seus traços considerados essenciais”. (QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Lígia; OLIVEIRA, M. G. *Um toque de clássicos*: Marx, Durkheim e Weber. Belo Horizonte: UFMG, 1995. p. 133-134)

²⁵ TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: ensaios. Tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 13.

Em geral, os processualistas brasileiros contemporâneos costumam dividir os modelos de processo em adversarial, inquisitivo e cooperativo. Por vezes, a terminologia de um autor difere da outra²⁶, no entanto essa diversidade não torna incompatíveis entre si os posicionamentos doutrinários sobre esses modelos.

Os modelos clássicos são o adversarial (*adversarial system* ou *adversary system*) e o inquisitivo. No primeiro, o processo é visto como uma arena de combate com algumas regras pré-definidas. Caberá ao juiz funcionar como árbitro da disputa e, a partir da observação do duelo travado entre os litigantes, optar pela versão que considera mais consentânea com o Direito. Já no modelo inquisitivo o processo é uma espécie de “investigação oficial”²⁷, no qual incumbe ao juiz a busca pela verdade, com acentuados poderes instrutórios.

Historicamente, o modelo adversarial é ligado à experiência da *common law* e tem como base ideológica a doutrina do liberalismo, ao passo que o modelo inquisitivo deita raízes na tradição da *civil law*²⁸ e é ideologicamente relacionado ao surgimento da doutrina do

²⁶ Daniel Mitidiero ao se referir aos modelos processuais utiliza-se das seguintes expressões: isonômico, assimétrico e cooperativo. (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 97). Por outro lado, Fredie Didier Jr. utiliza a nomenclatura: adversarial, inquisitivo e cooperativo. Seguiremos a proposta terminológica de Didier Jr., uma vez que é a mais difundida na doutrina do direito processual. (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: Ativismo judicial e garantismo processual. 1. ed. Coord.: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Jus Podivm, 2013). No mesmo sentido que Fredie Didier Jr., cf. ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 139-140.

²⁷ Expressão de autoria de Mirjan Damaška. (DAMAŠKA, Mirjan R. *The face of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale University Press: New Haven and London, 1991. p. 3).

²⁸ Importante registrar que não há uma associação imediata entre *common law* e o sistema adversarial, assim como *civil law* e o sistema inquisitorial. Além disso, nenhum modelo é totalmente adversarial ou inquisitorial, quando se faz essa classificação quer-se afirmar que há um predomínio no sistema de justiça de um país do modelo adversarial ou inquisitorial. Nesse sentido, Barbosa Moreira adverte que: “Cunharam-se até denominações, no âmbito do *common law*, para assinalar o contraste: ao processo do tipo dominante na família romano-germânica chama-se ‘inquisitorial’, ao outro tipo ‘adversarial’. À evidência, jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual ‘quimicamente puro’: todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos. Apesar do generalizado reconhecimento desse fato, porém, subsistem na literatura a noção da diversidade e o uso das expressões tradicionalmente empregadas para indicá-la”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003). No mesmo sentido, Adrian Zuckerman assevera: “*there is no pure adversarial system any more than there is a pure inquisitorial system*” (ZUCKERMAN, Adrian. Reform in the Shadow of Lawyers Interests. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRASNTON, Ross. Reform of Civil Procedure: Essays on “Access to Justice”. Oxford University Press, 1995, 78). Destaca-se, ainda, que a própria diferenciação entre *common law* e *civil law* vem se enfraquecendo cada vez mais a partir do constante intercâmbio de ideias entre juristas, legisladores, entre outros profissionais do ramo jurídico. Assim, já se tornou natural que países tradicionalmente filiados à *civil law* adotem institutos típicos da *common law* e vice-versa, o que comprova a relatividade desses conceitos na atualidade. No ponto, Didier Jr. faz a seguinte ressalva: “Também haja quem relacione o processo adversarial ao *common law* e o processo inquisitivo ao *civil law*. Como primeiro passo, a relação é correta, mas não devem ser ignoradas as profundas influências recíprocas que esses sistemas vêm causando um no outro, a ponto de a diferenciação entre eles ficar cada vez mais difícil.” (DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 44).

Estado do Bem-Estar Social, Estado-Social ou Estado-providência. É fundamental conhecer com maior profundidade esses dois modelos, uma vez que foram a partir de suas inconsistências que a doutrina passou a conceber o modelo cooperativo de processo. Além disso, o seu estudo também irá evidenciar o porquê de, na atual quadra da história, o processo civil brasileiro não mais se enquadrar em nenhum deles.

1.1 O MODELO ADVERSARIAL DE PROCESSO

O modelo adversarial de processo tem como uma de suas principais características o protagonismo das partes na condução do processo e a postura relativamente passiva do juiz durante o arco procedimental. A principal função do julgador será optar por uma das versões apresentadas e decidir a disputa que lhe foi posta segundo a sua convicção sobre os fatos e o direito. Segundo A. J. Jolowicz, no modelo adversarial as partes são adversárias não apenas pelo fato de que uma se opõe a outra, mas especialmente no sentido de que o papel do juiz no processo é simplesmente pronunciar, de acordo com o seu julgamento, quem é o vencedor do duelo forense travado com as armas escolhidas pelas próprias partes.²⁹ As características do processo adversarial têm explicação histórica, situada no direito medieval inglês.³⁰

1.1.1 Origem histórica

²⁹ No original: “*There are two central notions of the adversary principle. First, it is for the parties, and for the parties alone, to fix the scope of their litigations by their allegations of fact. Secondly - and it is this which is distinctive of the adversary system - the judges must find the facts, taking account exclusively of such evidence as the parties choose to put forward: the parties are adversaries, not just in the sense that they are opposed to one another, but in the sense that the judge's role is simply to pronounce who, in his judgement, is the winner at the end of a forensic duel fought between the parties with the weapons of their choices* (JOLOWICZ, A. J. *On civil procedure*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University Press: 2000. p. 176).

³⁰ Cumpre destacar que não há a pretensão de se realizar uma extensa pesquisa sobre a história da *common law*, que apesar de ser matéria de mais alta importância, não é propriamente objeto de nossa pesquisa. Não há interesse em adentrar nas entrelinhas da rica formação da tradição jurídica da *common law*, mas sim em destacar de que maneira o modelo adversarial ali foi gestado. A respeito da história da *common law*, confira: Plucknett, Theodore F.T. *A concise history of the common law*. Fifth Edition. Originally published: Boston: Little, Brown and Company, 1956. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/plucknett-a-concise-history-of-the-common-law>>. Acesso em 24 dez. 2017. Além disso, ressalta-se que é possível vislumbrar processos de cunho adversarial em outros momentos históricos e em outros países que não a Inglaterra. Mauro Cappelletti, por exemplo, considera que o processo romano clássico seria, essencialmente, um modelo adversarial de processo. Portanto, não se afirma que a origem histórica do modelo adversarial se encontra exclusivamente na experiência do direito inglês ou que ele é a sua primeira raiz histórica. Todavia, é inegável que a maior influência para os principais modelos adversariais (ou mesmo para os inquisitivos) atualmente em vigor provém do modelo inglês, em conjunto com as contribuições da experiência norte-americana. (CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- America, 1974. p. 317).

A *common law* se confunde com o próprio desenvolvimento do direito inglês como é conhecido atualmente e é especialmente relacionada com a Conquista Normanda do Reino da Inglaterra no ano de 1.066 por Guilherme II (Guilherme, o Conquistador). Anteriormente à essa conquista, o Estado Inglês não detinha propriamente uma estrutura judicial oficial. A jurisdição era exercida por diversos focos de poder da sociedade de então, em variadas jurisdições locais, num contexto em que os senhores feudais tinham autoridade para aplicar o Direito em regiões que estavam sob o seu domínio. Outros grupos de indivíduos e instituições também constituíam suas próprias cortes, como os bairros (*urban boroughs*) e as feiras de mercadores, a Universidade de Cambridge e a Universidade de Oxford, os grandes proprietários de terras e a Igreja Católica.³¹

A partir da Conquista Normanda começou a ser estruturado o sistema judicial inglês, com a criação dos Tribunais Reais Centrais (*King's Bench, Common Pleas, Exchequer e Chancery*). Inicialmente, tais tribunais coexistem com os antigos tribunais locais, tendo a autoridade real expandido a sua jurisdição de seus tribunais de forma gradual. Em verdade, os próprios particulares passaram a optar por submeter seus litígios às cortes reais, uma vez que elas julgavam de acordo com regras processuais mais modernas e a execução de suas decisões era mais efetiva.³²

Assim, historicamente, o termo *common law* foi criado justamente para se referir ao direito sobre o qual todos os ingleses estariam vinculados, por isso a denominação *common law*, isto é, “direito comum”, porque aplicável em todo o reino. Como esse direito decorria de tribunais reais, ele também passou a ser denominado *king's law*, em contraposição ao direito local, denominado como *law of the land*.³³

O modelo adversarial não aparece como um produto acabado de um determinado momento histórico do direito inglês, mas é resultado de uma lenta evolução, que se iniciou durante o período medieval, ainda antes do aparecimento das Cortes Reais Centrais, e prosseguiu durante os séculos posteriores. Disso resulta a dificuldade de rastrear com precisão a origem histórica desse modelo processual. Todavia, a doutrina associa as características do modelo adversarial a algumas espécies de julgamentos que ocorriam durante a Inglaterra

³¹ LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée Lettow; SMITH, Bruce P. *History of the common law: the development of anglo-american legal institutions*. New York: Aspen Publishers, 2009. p. 4.

³² DAVID, Rene. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2006. p. 4.

³³ HAZARD, Geoffrey C. Jr.; Taruffo, Michelle. *American Civil Procedure*. An Introduction. New Haven: Yale University Press, 1993. p. 8.

medieval, entre os quais se destacam o duelo (*trial by battle* ou *duellum*), a compurgação (*compurgation* ou *wager of law*) e as ordálias.³⁴

O duelo era um método de disputa por meio do qual as partes entravam em combate até que um lado cedesse e gritasse em voz alta a palavra *craven* (covarde). Em algumas questões criminais, a disputa deveria seguir até que um dos combatentes fosse morto. O duelo era supervisionado por oficiais da Justiça e, antes de seu início, as partes deveriam jurar solenemente que a sua causa era justa e invocar o julgamento de Deus. Além disso, deveriam declarar que não se utilizariam de feitiçaria ou encantamento. A doutrina credita a introdução dos duelos a partir da influência da Conquista Normanda em 1.066 até a Alta Idade Média e a Idade Média Tardia (1000-1453).³⁵

Na compurgação, a parte deveria jurar que a sua alegação era verdadeira, assim como trazer para o julgamento doze pessoas, ou um número determinado pela corte, que a confirmasse. Essas pessoas também deveriam jurar por si próprio que a afirmação era verdadeira. Se todo esse procedimento fosse realizado da forma exigida pelos responsáveis pela administração da justiça, o autor sairia vencedor. Ressalta-se que os indivíduos que deveriam realizar o juramento em favor do litigante não o faziam com relação aos fatos da causa, mas sim quanto ao fato da parte ser uma pessoa digna de crédito.³⁶ Daí porque Plucknett destaca ser a compurgação uma espécie de teste de caráter do indivíduo, que deveria demonstrar que suas alegações podiam ser validadas por pessoas de sua comunidade.³⁷

Já as ordálias eram baseadas na ideia de que Deus interviria em favor daquele que estava com a razão na disputa, por isso eram consideradas como um *judicium Dei* (juízo de Deus). Eram utilizadas principalmente em processos criminais como meio de prova para

³⁴ Nesse sentido, confira: PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. A concise history of common law. Indianapolis: Liberty Fund, 2010. p. 116. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/2458>>. Acesso em 06. Jan. 2017. p. 379-418; POLLOCK, Frederick; MAITLAND. The history of English law before the time of Edward I. Reprint of 2nd edition, with a Select Bibliography and Notes by Professor S.F. Milsom. (Indianapolis: Liberty Fund, 2010). Vol. 1. p. 598-674. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/pollock-the-history-of-english-law-before-the-time-of-edward-i-vol-1>>. Acesso em 12. jan. 2018; Landsman, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. Ohio State Law Journal, vol. 44, no. 3 (1983), 713-739. Disponível em: <<https://goo.gl/bvCihj>>. Acesso em 24. dez. 2017; FORSYTH, William. *The history of lawyers: ancient and modern*. New York: J. Cockcroft, 1875. p. 298-302. Em outro sentido, Mauro Cappelletti enxerga o modelo adversarial como consequência do direito romano clássico. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- America, 1974. p. 317).

³⁵ LANDSMAN, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. Ohio State Law Journal, vol. 44, no. 3 (1983), 713-739. Disponível em: <<https://goo.gl/bvCihj>>. Acesso em 24. dez. 2017.

³⁶ LANDSMAN, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. Ohio State Law Journal, vol. 44, no. 3 (1983). p. 718. Disponível em: <<https://goo.gl/bvCihj>>. Acesso em 24. dez. 2017.

³⁷ PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas, A Concise History of the Common Law. (Indianapolis: Liberty Fund, 2010). p. 116. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/2458>>. Acesso em 06. Jan. 2017.

demonstrar a inocência ou a culpa dos acusados.³⁸ Sua aplicação era mais comum contra aqueles acusados sobre os quais pendiam uma presunção de culpa, como os que falharam durante o procedimento da compurgação.³⁹

As provas das ordálias eram coordenadas por um membro da Igreja, que submetia o acusado a provações com elementos da natureza, em especial, fogo e água. Como informa Peter T. Leeson⁴⁰, um dos procedimentos mais comuns consistia em determinar que um acusado retirasse um anel ou uma pedra que havia sido colocado dentro de um caldeirão de água fervente. Com base nos escritos do Bispo Eberhard de Bamberg, do século XII, Leeson noticia que, após retirar o anel ou a pedra do caldeirão fervente, a mão do acusado seria envolta em uma espécie de bandagem durante três dias. No terceiro dia seria feito uma inspeção, caso a mão do acusado estivesse sem danos, ou pouco machucada, era entendido que houve uma intervenção divina em seu favor, o que provava a sua inocência.

Nota-se, em verdade, que todos esses métodos se baseavam na intervenção divina como elemento principal para a resolução da disputa. Nos duelos e nas ordálias buscava-se uma intervenção divina direta, ao passo que na compurgação reservava-se a danação eterna para aquele que mentia sobre o seu juramento.⁴¹

Nenhum desses procedimentos medievais eram essencialmente adversariais. Contudo, eles contribuíram para a formação do modelo adversarial por ao menos duas razões. Em primeiro lugar, porque ajudaram a estabelecer a ideia de que as partes deveriam possuir o papel principal nos julgamentos; a participação ativa das partes é um elemento central do processo adversarial e continua presente no direito inglês desde o período medieval. Em segundo lugar, porque, em geral, o papel dos juízes no processo era mais restrito, exercendo pouco controle sobre o litígio.⁴²

³⁸ Segundo Robert Barlett, ao contrário de outras sociedades europeias, a Inglaterra raramente se utilizou dos julgamentos por ordálias em procedimentos que não fossem criminais (BARTLETT, Robert. *Trial by fire and water*. Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 63).

³⁹ KERR, Margaret H.; Forsyth, Richard D.; Plyley, Michael J. (1992). "Cold Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England". *Journal of Interdisciplinary History*. 22 (4): 3. doi:10.2307/205237.

⁴⁰ LEESON, Peter T. Ordeals. *Journal of Law and Economics*, vol. 55 (August 2012). The University of Chicago. p. 694. Disponível em: < <http://www.peterleeson.com/Ordeals.pdf> >. Acesso em 06. Jan. 2017.

⁴¹ LANDSMAN, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. *Ohio State Law Journal*, vol. 44, no. 3 (1983), 713-739. Disponível em: < <https://goo.gl/bvCihj> >. Acesso em 24. dez. 2017.

⁴² A esse respeito, confira o posicionamento de Stephan Landsman, no original: "[...] *the medieval forms of procedure did contribute to the formulation of adversarial concepts in at least two ways. First, they helped to establish the principle that the parties to a dispute should play the preeminent part in the procedure leading to its resolution. This idea of active party participation is fundamental to the adversary system and has been continuously present in English law from the medieval period onward. Second, medieval practice circumscribed the part to be played by judicial officials. Although judges would eventually gain a far more central role in*

1.1.2 A ideologia liberal e o modelo adversarial de processo

O modelo adversarial de processo é especialmente relacionado à ideologia liberal.⁴³ O liberalismo, assim como outras correntes ideológicas de grande profundidade, comporta uma variedade de dissensões internas, de modo que não é tarefa fácil definir o liberalismo, até mesmo porque é possível falar em liberalismos.⁴⁴ Entretanto, pode-se afirmar, grosso modo, que a ideologia liberal considera a liberdade individual como um dos principais valores a serem protegidos e para isso ser alcançado julga ser necessário reduzir ao máximo a ingerência do Estado sobre os cidadãos. Trata-se da defesa do que se convencionou chamar de Estado-Mínimo.⁴⁵

Nesse sentido, explicitando as características gerais desse modelo de Estado, Mirjan Damaška o denomina como Estado-Reativo e afirma que a sua principal tarefa é oferecer uma estrutura institucional a partir da qual os cidadãos poderão atingir os objetivos que entenderem convenientes. As forças sociais espontâneas da sociedade devem ser livres para que assim realizem a sua própria administração. Destarte, o Estado só teria duas funções principais: garantir a ordem social e fornecer um método de resolução de disputas quando os indivíduos não conseguissem resolver os seus conflitos por si sós.⁴⁶

Como toda ideologia normativa, o liberalismo defende um modelo para a sociedade e tem propostas para diversas áreas, como a economia, a política, a ética, assim como para o Direito e, inclusive, para a forma como deve ser estruturada a resolução de disputas. Dentro dessa perspectiva, a defesa da liberdade individual e a redução da participação do Estado na

resolving disputes, the early restraints on judicial activity at least helped to establish a tradition restrictive of the scope of judicial control over litigation". (Landsman, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. Ohio State Law Journal, vol. 44, no. 3 (1983), 713-739. Disponível em: < <https://goo.gl/bvCihj> >. Acesso em 24. dez. 2017).

⁴³ Destaca-se que até mesmo Michele Taruffo, que é um crítico quanto ao proveito científico da divisão dos modelos de processo entre adversarial e inquisitivo para a atualidade do fenômeno processual, admite que: "Em substância, é verdade que sistemas que se inspiravam na ideologia liberal clássica produziram ideologias processuais marcadas pela presença de um juiz passivo e pelo monopólio de todos os poderes processuais reservado às partes: é o que se verificou, por exemplo, nos Estados Unidos com a configuração do *adversarial system of litigation* [...]". (TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: ensaios. Tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 62).

⁴⁴ Para uma cronologia sobre o liberalismo e suas diversas abordagens, confira, MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2014.

⁴⁵ Após discorrer acerca da dificuldade em conceituar o liberalismo, Nicola Matteucci arremata: "Concluindo este esboço acerca dos grupos ou partidos liberais, bem como acerca das idéias ou filosofias liberais, é apenas possível afirmar que o único denominador comum entre posições tão diferentes consiste na defesa do Estado liberal, nascido antes de o termo liberal entrar no uso político: um Estado tem a finalidade de garantir os direitos do indivíduo contra o poder político e, para atingir esta finalidade, exige formas, mais ou menos amplas, de representação política. (MATTEUCCI, Nicola. In: BOBBIO; Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11 ed. Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 690).

⁴⁶ DAMAŠKA, Mirjan R. *The face of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale University Press: New Haven and London, 1991. p. 73.

vida dos cidadãos, quando plasmada para o campo processual, resultará em um processo baseado em duas características centrais: a igualdade formal e o princípio dispositivo.

1.1.2.1 A igualdade formal como elemento indispensável para a disputa adversarial

A igualdade formal é aquela que se preocupa em garantir o tratamento igualitário perante a lei a todos os cidadãos, ou, por outras palavras, que no momento de aplicação da lei o indivíduo não poderá ser distinguido por sua origem étnica, religiosa, econômica, hereditária ou por qualquer outra razão. Discorrendo acerca da igualdade formal, José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁷ realça que se trata de um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais e se relaciona à exigência de igualdade no momento da *aplicação do direito*.⁴⁸ Nesse contexto, destaca que a igualdade formal liga-se à ideia de que “as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas”.⁴⁹ No mesmo sentido, Humberto Ávila sustenta que a igualdade formal garante a aplicação uniforme da lei, de modo que os cidadãos devem ter o mesmo tipo de aplicação da lei, sem qualquer distinção. Assim, observa que uma mesma lei não pode ser aplicada de uma maneira para um cidadão e de outra para outro cidadão.⁵⁰

Trata-se de construção teórica originada dos valores da Revolução Francesa, que, após destronar o Antigo-Regime, reestruturou a sociedade francesa de forma a superar o modelo então existente. Com efeito, o Estado Liberal de Direito é essencialmente uma resposta da classe burguesa ao poder totalitário e discricionário exercido pelos reis durante o período do

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 426.

⁴⁸ A propósito, José Joaquim Gomes Canotilho diferencia a *igualdade na aplicação do direito* (igualdade formal), que é herdeira da tradição liberal, e a *igualdade quanto à criação do direito* (igualdade substancial), que se dirige ao legislador e se relaciona com o conteúdo da lei. Canotilho diferencia as duas espécies de igualdade da seguinte maneira: “O princípio da igualdade, no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. Todavia, o princípio da igualdade reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos de ‘raça negra’ devem ser tratados ‘igualmente’ em ‘escolas’ separadas das escolas reservadas aos brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória. Daí a sugestiva formulação de Castanheira Neves: ‘a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei’. Não há, pois, igualdade no não direito. Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição ou da administração”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 427).

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 426.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. Malheiros: São Paulo, 2009. p. 74.

Absolutismo. Assim, como forma de frear as arbitrariedades do regime anterior, erigiu-se o princípio da legalidade como pilar sobre o qual se construiu o modelo liberal de Estado. A partir de então, somente a lei produzida pelo parlamento e com a participação dos representantes do povo poderia restringir a liberdade individual dos cidadãos, não sendo as ordenações do rei suficientes para tanto.⁵¹

Norberto Bobbio⁵² ressalta que o alvo principal da afirmação de que todos são iguais perante a lei é o Estado dividido em ordens ou castas; o Estado em que os cidadãos estão separados por categorias jurídicas distintas, dispostas em um regime jurídico rígido, no qual as classes superiores possuem privilégios que não são compartilhados com as classes inferiores. Bobbio destaca que é possível notar a passagem do Estado estamental para o Estado liberal-burguês a partir da observação do Código Prussiano de 1794, que contemplava a sociedade dividida em camponeses, burgueses e nobreza, ao passo que o Código Napoleônico de 1804, fruto dos ideais da Revolução Francesa, refere-se a todos os indivíduos simplesmente como cidadãos. O jurista italiano destaca, ainda, que a Constituição Francesa de 1791 reforça a aludida transição do Estado francês, ao prever em seu preâmbulo que os constituintes desejavam abolir “irrevogavelmente as instituições que prejudicam a liberdade e igualdade de direitos” e, ao fim, dispor que “[...] já não existe em nenhuma parte da nação, nem para nenhum indivíduo, nenhum privilégio ou exceção ao direito comum de todos os franceses”.⁵³

Registra-se que a igualdade formal é essencialmente ligada ao princípio da legalidade. Nesse sentido, ao comentar o *caput* do art. 5º⁵⁴ da Constituição da República Federativa do Brasil, que positivava a igualdade formal a partir da expressão “todos são iguais perante a lei”,

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revistas do Tribunais, 2016. p. 27.

⁵² BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Coleção Pensamiento Contemporáneo. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993. p. 72.

⁵³ A propósito, confira o preâmbulo da Constituição Francesa de 1791: “A Assembléia Nacional, desejando estabelecer a Constituição francesa sobre a base dos princípios que ela acaba de reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que ferem a liberdade e a igualdade dos direitos. Não há mais nobreza, nem pariatos, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal, nem justiças patrimoniais, nem qualquer dos títulos, denominações e prerrogativas que deles derivavam, nem qualquer ordem de cavalaria, de corporações ou condecorações para as quais se exigiram provas de nobreza, ou que supunham distinções de nascença, nem qualquer outra superioridade senão aquela de funcionários públicos no exercício de suas funções. Não há mais, para qualquer parte da Nação, nem para qualquer indivíduo, privilégio algum, nem exceção ao direito comum de todos os franceses. Não há mais corporações profissionais, de artes e ofícios. A lei não reconhece os votos religiosos, nem qualquer outro compromisso que seja contrário aos direitos naturais, ou à Constituição”. (Disponível em: < <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf> >. Acesso em 15. fev. 2018).

⁵⁴ CRFB-88. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

Leonardo Martins leciona que “em seu sentido formal, o parâmetro constitucional da igualdade corresponde ao chamado ‘princípio da legalidade’ firmado no art. 5º, II⁵⁵, da CF, que fixa a necessidade de lei formal para constituição de obrigações jurídicas gerais”.⁵⁶

Tais formulações teóricas a respeito da lei tiveram repercussão também sobre o modo como deveria se dar a atuação do Estado-Juiz no processo. Isso porque, conforme destacam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, de nada adiantaria ser garantida a igualdade formal baseada na lei, caso fosse permitido que o juiz interpretasse a lei em face da realidade social.⁵⁷ Destarte, com base especialmente na doutrina de Charles-Louis de Secondat, conhecido como barão de Montesquieu, construiu-se a ideia de que caberia ao juiz apenas pronunciar as palavras da lei, não lhe cabendo realizar a interpretação do texto legal. Segundo Montesquieu, “os juízes são apenas [...] a boca que pronuncia as palavras da lei, são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.⁵⁸ Portanto, a partir da doutrina de Montesquieu a decisão judicial será compreendida como um ato de inteligência, e não de criação. Daí que, nas palavras de Hermes Zaneti Jr., a sentença, nesse contexto, será produto da mera subsunção do fato à lei, caberá ao órgão jurisdicional aplicar a lei através de um “silogismo frio”.⁵⁹

Levando isso em conta, nota-se que a igualdade formal é fundamental para a concepção de um modelo adversarial de processo, pois da compreensão segundo a qual todos são iguais perante a lei e que somente a lei poderá interferir na liberdade individual dos cidadãos, exsurge, naturalmente, a afirmação de que o juiz não poderá interferir de modo ativo nos litígios que estão sob a sua responsabilidade. Neles, as partes são livres para provarem os seus argumentos do modo como entenderem conveniente, trazendo as provas que julgarem necessárias para o convencimento do juízo. Deve estar claro, contudo, que eventuais desigualdades no plano fático não poderão ser minoradas pelo juiz, já que não lhe é permitido temperar os rigores da lei em busca de uma pretensa igualdade material. A esse respeito,

⁵⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

⁵⁶ MARTINS, Leonardo. Comentários ao art. 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 223.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 25.

⁵⁸ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175.

⁵⁹ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005. p. 261.

Lorena Miranda Santos Barreiros, destaca que no processo adversarial “a igualdade entre os litigantes é de natureza formal ou jurídica, sendo decorrência das regras processuais abstratas”, de modo que “questões atinentes à desigualdade real entre as partes são tratadas como assunto pré-processual ou extra-processual, não estando inseridas nas preocupações peculiares do modelo estudado, afinado com os ideais do liberalismo.”⁶⁰

A formulação da igualdade formal no ambiente processual terá especial relevo na produção das provas, tarefa reservada às partes. A elas será concedida a liberdade para produzir as provas que entenderem necessárias para a demonstração da verdade de suas alegações. Por tal motivo, ferramentas como a inversão do ônus da prova em razão da dificuldade da produção de determinada prova por um dos litigantes não seriam admitidas no modelo adversarial, pois representariam uma intervenção do Estado-Juiz na esfera privada das partes e, ao mesmo tempo, a quebra de sua imparcialidade. Pelas mesmas razões, é certo que o juiz não poderia produzir provas de ofício caso não se sentisse convencido pelo material probatório ofertado pelas partes.

Do mesmo modo, caso o órgão julgador constataste eventual incapacidade técnica na defesa de uma das partes não lhe seria lícito interferir nesse ponto, nem mesmo quando se tratasse de deficiência tão grosseira que pudesse sugerir ausência de defesa.⁶¹ Garantido o direito das partes de constituir a sua defesa, não é papel do juiz, sob essa perspectiva, avaliar a escolha do patrono legal feita por um indivíduo que é livre e igual ao seu adversário processual.

Ressalta-se, ainda, que os custos do processo e da produção das provas também são de responsabilidade exclusiva das partes. Desse modo, a incapacidade econômica de uma parte não é questão que pode ser levada em consideração pelo Estado-Juiz. Mesmo que durante o procedimento pareça claro para o juiz que determinada prova será imprescindível para formar o seu convencimento acerca da lide, caso a parte não possua as condições financeiras para produzi-la, nada poderá ser feito pelo órgão julgador.

⁶⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 72.

⁶¹ Acerca da deficiência técnica no processo penal, Guilherme de Souza Nucci defende que: “[...]há casos de deficiência tão grosseira que podem equivaler à ausência de defesa, razão por que deve o juiz zelar pela amplitude de defesa, no processo penal, considerando o réu indefeso e nomeando-lhe outro defensor. Caso não o faça, constituída está uma nulidade absoluta, inclusive pelo fato de ter infringido preceito constitucional, natural consequência do devido processo legal (ampla defesa).” Como visto, essa argumentação desenhada por Nucci não poderia ser aceita em um modelo de processo essencialmente adversarial. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 5 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 896).

Em síntese, no processo liberal “o papel do juiz é o de proteger os direitos subjetivos das partes, mas somente se elas quiserem e na medida em quiserem”, como destaca Roberto Del Caro, de modo que está excluída da apreciação do juiz a violação de direitos subjetivos consentida pela parte, o que inclui não só as situações nas quais a parte não tem motivos para perseguir os seus direitos, como também nos casos em que, por ignorância ou indolência, sua ou de seu procurador judicial, ela descuidou de seus próprios direitos.⁶²

Disso resulta a conceituação do juiz, por Michele Taruffo, em obra sobre o processo adversarial norte americano, como um “convidado de pedra”, porque está impedido de interferir no processo, sob pena de comprometer a sua imparcialidade.⁶³ Com efeito, a relação entre a imparcialidade do juízo e sua interferência no processo relaciona-se à crença de que caso o juiz atuasse oficiosamente em busca de uma prova ou para equilibrar a relação processual, ele acabaria por formar uma convicção prematura sobre os fatos da causa, o que invariavelmente comprometeria a sua capacidade de julgar o processo de forma imparcial. Nesse sentido, Marcelo Zilli, dissertando acerca do tema, leciona que o modelo adversarial, ao destinar as partes o controle da marcha processual, constituir-se-ia como um modelo extremamente eficaz para prevenir o abuso de poder estatal, entre os quais o do juiz, e conclui que, segundo o pensamento liberal de organização do processo, seria afastada “a possibilidade de formação de juízos de convicção prematuros sobre uma dada prova os quais poderiam dar causa a conclusões apressadas, invariavelmente impossíveis de serem superadas”.⁶⁴

1.1.2.2 Do princípio dispositivo

Fredie Didier Jr. destaca que no modelo adversarial de processo prepondera o princípio dispositivo. No campo do direito processual civil a “dispositividade” de um modelo processual manifesta-se em relação a vários temas, entre eles: (i) a instauração do processo; (ii) a produção de provas; (iii) a delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); (iv) a análise de questões de fato e de direito e (v) a interposição de recursos.⁶⁵ Quanto mais o legislador dispensar às partes as principais tarefas na condução e instrução do

⁶² DEL CARO, Roberto. *Direção material do processo*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2009. p. 166.

⁶³ TARUFFO, Michele. *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*. Cedam: Padova, 1979. p. 130-131.

⁶⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 45.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. 1. ed. Coord.: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 209.

processo tanto mais caminha em direção a um modelo adversarial de processo, ao passo que a atribuição de tais incumbências ao órgão julgador inclinará o processo para o modelo inquisitorial.

Com apoio nas lições de Tito Carnacini⁶⁶, Dierle Nunes ressalta que desde Roma o princípio dispositivo refere-se à existência de um poder monopolístico das partes deduzir em juízo. Desse modo, do princípio dispositivo infere-se a impossibilidade de o juiz instaurar o processo, bem como manifestar-se de ofício dentro do processo.⁶⁷ Há, inclusive, diversos brocardos jurídicos romanos nesse sentido, como, por exemplo, *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*, que significa que o juiz deve julgar conforme o alegado e provado pelas partes; *nemo iudex sine actore ne procedat iudex ex officio*, isto é, não há processo sem autor, nem o juiz pode iniciar o processo de ofício; *quod non est in actis non est in mundo*, ou seja, o que não está nos autos não está no mundo. Sendo assim, é natural inferir que o princípio dispositivo se apresenta como um elemento imprescindível para a concepção liberal do processo como coisa das partes.

De toda sorte, é importante fazer uma ressalva quanto ao tema: a “dispositividade” do processo quanto à instauração da demanda, à delimitação do objeto litigioso e ao pedido de produção de provas, em verdade, é característica presente tanto no modelo processual adversarial quanto no modelo inquisitivo. Nesse sentido, John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdono⁶⁸ afirmam que tanto na *common law* quanto na *civil law* impera o princípio dispositivo no que se refere aos fatos que serão objeto de julgamento, bem como em relação a quais provas deverão ser produzidas.⁶⁹

⁶⁶ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e técnica de processo. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Milano: Giuffrè, 1951, v. II, p. 731.

⁶⁷ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 75.

⁶⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDONO, Rogelio. The civil law tradition: an introduction to the legal system of europe and latin america. 3rd. California: Stanford University Press, 2007. p. 116

⁶⁹ Ressalta-se, ainda, que mesmo o modelo cooperativo não é incompatível com o princípio dispositivo. Conforme ressalta Reinhard Gregger: “[...] a exigência de um princípio da cooperação não contradiz o princípio dispositivo e nem mesmo é orientada ao seu deslocamento ou à sua substituição. Com razão tais declarações têm sido criticadas. Também, uma compreensão adequada do princípio da cooperação não dilui o controle das partes, nem conduz a um *mixtum compositum* do princípio do dispositivo com o princípio inquisitório (*Untersuchungsgrundstaz*). Ao contrário: justamente porque no processo civil existe o princípio dispositivo, o juiz deve cooperar com as partes; não podem nem as tutelar, nem lhes dar uma liberdade desordenada. (GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.). *Normas Fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 303). No mesmo sentido, Daniel Mitidiero leciona que: “o processo civil pautado pela colaboração conserva tanto traços dispositivos (como, por exemplo, possibilidade de formalização do julgamento pela aplicação das regras que regem o ônus da prova, art. 373 do CPC/2015) como traços inquisitórios (como, por exemplo, a possibilidade de instrução de ofício pelo juiz, art. 370 do CPC/2015”. MITIDIERO, Daniel.

Posto isso, a prevalência do princípio dispositivo no modelo adversarial deve ser realçada, especialmente, a partir da ideia de que no modelo adversarial clássico o juiz deverá se circunscrever ao material probatório ofertado pelas partes, sendo-lhe vedado interferir oficiosamente no curso do processo. Acerca do modelo adversarial (em sua classificação modelo isonômico), Daniel Mitidiero destaca que este modelo de processo “é concebido a partir de certa indistinção entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, quadro social que acaba propiciando uma relação de paridade entre o indivíduo e o poder político”.⁷⁰ É justamente por isso que o material probatório é tarefa das partes e não do juízo. Por outro lado, no modelo inquisitivo de processo o juiz terá acentuados poderes instrutórios para ir em busca da “verdade real” (embora, nele, também caiba ao autor iniciar a demanda e delimitar o objeto litigioso do processo) e às partes será reservada a tarefa da produção das provas que julgarem convenientes para a instrução do feito.

Portanto, em um processo adversarial com preponderância do princípio dispositivo, as partes são os atores mais importantes do processo, já que decidem quando iniciar o processo, fixam as questões que nele deverão ser discutidas, delimitam com que provas irão demonstrar os seus argumentos, cumprindo-lhes, ainda, produzir tais provas, deliberar sobre eventuais acordos, reconhecer o pedido da parte adversária ou renunciar o direito sobre o qual se funda a sua ação. Em síntese, decidem aquilo que querem de acordo com suas escolhas pessoais, sem que haja a interferência do Estado-Juiz; o que sugere ser o princípio dispositivo fundamental para a formação de um modelo processual calcado em uma filosofia liberal.

1.1.3 O papel do juiz e a busca da justiça no modelo adversarial

Conforme exposto anteriormente, em comparação à atividade das partes, o papel do juiz é reduzido no processo adversarial. Sua principal função será pronunciar a decisão da disputa ao final do processo. Porém, durante o curso da demanda, a sua participação é mínima, praticamente imperceptível. É certo que a maioria dos juristas contemporâneos, mesmo aqueles vinculados à tradição da *common law*, irão considerar imprópria uma participação tão diminuta do Estado-Juiz durante todo o processo. Além disso, muitos irão de

Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 53).

⁷⁰ Ressalta-se que Daniel Mitidiero não considera o modelo isonômico como sinônimo de adversarial, no entanto, as características por ele atribuídas ao modelo isonômico podem ser aplicadas ao modelo adversarial com proveito, de modo que, em que pese não haver exata correspondência entre os dois modelos em sua doutrina, é possível utilizar a sua construção teórica nesse sentido. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 97).

fato considerar injusto que o juiz não possa interferir em determinadas situações, quando claramente se verifica um desequilíbrio real, que irá beneficiar uma das partes em detrimento da justiça do processo. No entanto, a despeito das possíveis críticas que esse modelo processual possa merecer, não se pode perder de vista que as funções do juiz no modelo adversarial guardam relação lógica com o ideal de justiça procedimental. Daí porque o processo adversarial é insensível às diferenças entre as partes, assim como em relação à busca da decisão “mais justa” para o caso concreto.

Discorrendo sobre o processo norte-americano, ainda da década de 1950, Angelo Pietro Serini⁷¹, citado por Sálvio de Figueiredo Teixeira⁷², observa que naquele país o processo é concebido como um meio para satisfazer interesses essencialmente privados e não o interesse do Estado na composição da lide, ou o interesse da justiça concebido como forma abstrata. Por isso, o juiz assume, em certo sentido, a postura de um árbitro, a quem compete, especialmente, garantir a imparcialidade e assegurar a unidade e a continuidade do procedimento.

Precisando o magistério de Serini, Michele Taruffo toca o ponto fulcral da questão, quando ressalta que a opção ideológica do modelo adversarial centra-se na preocupação em ser garantida a justiça do procedimento (*procedural justice*), e não a justiça substancial (*substantive process*). A premissa adotada nesse contexto é a de que o processo civil serve exclusivamente para resolver controvérsias e pôr fim a conflitos individuais privados; dela se extrai, como conclusão, que o processo justo é aquele que seguiu de maneira esmerada o procedimento delineado pela lei. Assim, qualquer decisão desde que não tenha violada o *iter* procedimental, será considerada justa. É nessa perspectiva que deve ser entendida a alegação de que o juiz no processo adversarial funciona tão somente como árbitro.⁷³

1.2 O MODELO INQUISITIVO DE PROCESSO: UMA RESPOSTA AO MODELO LIBERAL DE ESTADO.

O modelo inquisitivo, por sua vez, está associado aos países filiados à família romano-germânica (*civil law*) do direito. Segundo Mirjan Damaška, o modelo inquisitivo caracteriza-

⁷¹ SERINI, Angelo Pietro. *El proceso civil en los estados unidos*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ed. Juridicos Europa-America, 1958.

⁷² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações sobre o direito norte-americano. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/837/782>>. Acesso em 06. jan. 2017.

⁷³ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 67.

se como uma “investigação oficial” na qual o órgão judicial é o protagonista dos atos processuais. Esse modelo é orientado pelo princípio inquisitivo com vistas a alcançar a verdade material pelo Estado-Juiz, que tem uma postura mais ativa na condução do processo, com acentuados poderes instrutórios em comparação ao modelo adversarial.⁷⁴

O maior poder concedido aos juízes para a condução do processo no modelo inquisitivo está intimamente relacionado às alternativas propostas pelos apologistas do Estado Social, Estado de Bem-Estar Social ou Estado-providência ao Estado Liberal. É cediço que a ideologia liberal refletiu na configuração de um processo judicial no qual é privilegiada a atuação das partes e reservada ao juiz, quase que exclusivamente, a função decisória. Portanto, no ambiente processual, o liberalismo irá defender justamente uma diminuição do papel do Estado-Juiz e concederá maior relevo a atuação das partes, que não devem ter a sua liberdade restringida pelo aparato estatal, mesmo que essa liberdade importe em eventuais desigualdades materiais durante o processo. Nessa ótica, a atuação do Estado-Juiz com o intento de corrigir qualquer desigualdade importaria na quebra de sua imparcialidade.

Essa concepção será questionada a partir da emergência do Estado Social, que terá como uma das suas principais propostas a defesa da interferência do Estado para corrigir as desigualdades produzidas pelo mercado. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, uma série de fatores contribuíram para a crise do Estado Liberal no final o século XIX e no início do século XX, realçando que na Europa Ocidental entre os motivos principais estão a industrialização, que acentuou um quadro de exploração humana que não poderia ser solucionado por meio de um Estado absenteísta. Além disso, Neto e Sarmento apontam que a pressão social dos trabalhadores e de outros grupos excluídos, associado ao temor da burguesia de eventuais rupturas revolucionárias com inspiração no ideário de esquerda, provocou a necessidade de uma reestruturação de um novo modelo constitucional e, por conseguinte, um novo modelo de Estado.⁷⁵

Também no mesmo sentido, Paulo Bonavides sustenta que “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade e por isso entrou irremediavelmente em crise”. Assim, diante deste novo cenário, propõe-se que o Estado se apresente como agente responsável pela promoção de políticas públicas e organizador da economia, com o

⁷⁴ DAMAŠKA, Mirjan R. *The face of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale University Press: New Haven and London, 1991. p. 3.

⁷⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 82.

objetivo de reduzir a desigualdade social e garantir melhores condições materiais para os cidadãos, o que será feito, em grande parte, a partir de uma extensa rede de serviços públicos em áreas como saúde, educação e previdência.⁷⁶

Toda essa mudança teórica a respeito do papel do Estado produzirá reflexos na forma como se dará a prestação da justiça, que, essencialmente, é um serviço público estatal. A esse respeito, Mauro Cappeletti ressalta que a afirmação de um papel mais ativo do juiz na direção do processo é reflexo da crescente exigência de intervenções públicas na economia e, em geral, na vida privada e conclui que o conflito entre o modelo adversarial e o modelo inquisitivo “não é outra coisa senão um aspecto do grande desafio de nossa época: o de conciliar a liberdade privada individual com a justiça social”.⁷⁷

No entanto, deve-se ressaltar que não só as mudanças ideológicas quanto ao papel do Estado contribuíram para a formação de um modelo inquisitorial de processo, mas também a própria insuficiência do modelo liberal de processo civil em produzir justiça dentro do processo é fator de relevo para as formulações teóricas de viés inquisitorial. Em parte, o liberalismo processual contribuiu para que o processo passasse a ser visto como um jogo de espertezas, no qual a justiça ou não da decisão era indiferente, o que incomodou diversos processualistas do final do século XIX.⁷⁸ Entre os mais importantes teóricos da socialização do processo como alternativa ao modelo liberal então vigente estão os juristas Anton Menger⁷⁹ (1841-1906), Franz Klein⁸⁰ (1854-1926) e Oskar von Bülow⁸¹ (1837-1907).

1.2.1. Anton Menger e Franz Klein: principais influências da socialização do processo no âmbito legislativo da Europa Continental

Em razão das insuficiências apresentadas pelo processo civil liberal, levando em consideração especialmente o fato de que a igualdade formal e a passividade judicial acabavam por privilegiar os litigantes de maior capacidade econômica, Anton Menger⁸²

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 188.

⁷⁷ CAPPELETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Vol. 1. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 367.

⁷⁸ Nesse sentido, Dierle Nunes ressalta que ao analisar processo liberal alemão da década de 20, o jurista James Goldschmidt (1874-1940) classificou o processo como um jogo ou uma guerra. (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 77).

⁷⁹ MENER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Madrid : Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

⁸⁰ KLEIN, Franz. *Zeit und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

⁸¹ BÜLOW, Oskar Von. *Gesetz und Richteramt. Juristische Zeitgeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10.

⁸² MENER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Madrid : Librería General de Victoriano Suárez, 1898. p. 126.

propõe um novo modelo para a administração da justiça civil. Com apoio em algumas das soluções técnicas apresentadas pela *Prozess-Ordnung* da Prússia de 1781, Menger sustenta que caberia ao órgão judicial assumir duas funções: *extraprocessualmente* o juiz deveria funcionar como um educador, instruindo todo cidadão no que tange aos seus direitos, de forma a auxiliá-lo na defesa de seus direitos. Segundo Menger, assim evitar-se-ia a inferioridade jurídica que tão fortemente pesa sobre as classes mais pobres; *endoprocessualmente*, seria papel do juiz, em oposição ao princípio dispositivo e à imparcialidade, estabelecer um equilíbrio entre as partes, assumindo a representação da parte mais pobre.⁸³

Na obra “*El derecho civil y los pobres*”, de Anton Menger, nota-se que o juiz deverá ter papel central durante o litígio. Menger sustenta que uma vez apresentada a demanda pelo autor e contestada pelo réu, estando a parte rica representada por advogado, o juiz deveria “*procurar establecer equilibrio entre las partes, assumiendo la representación de parte pobre*”. Assim, uma vez proposta a demanda pelo autor e formulada a defesa pelo réu, o juiz passaria a agir de ofício para proteger a parte pobre.⁸⁴ Menger defende expressamente essa atuação oficiosa do juiz lembrando que a referida doutrina foi posta em prática parcialmente no Código de Processo de Frederico o Grande (1781) e no Regulamento Geral dos Estados Prussianos (1793). Conclui, ainda, que a crítica à atuação oficiosa do juiz durante a marcha processual, como foi previsto no Regulamento Prussiano, é a prova de que quando se permite o juiz agir de ofício nos litígios as partes mais ricas não mais possuem superioridade sobre as mais pobres, como ocorria no procedimento francês.⁸⁵

Essas formulações teóricas de Menger foram implementadas na Ordenança processual civil austro-húngaro de 1895, por influência de Franz Klein, que havia sido aluno de Menger.⁸⁶ A esse respeito, Mauro Cappelletti destaca que os últimos decênios do século XIX testemunharam, por um lado, o incipiente declínio das concepções baseadas no *laissez-faire* como forma de organização social e, por outro, a emergência de organizações de trabalhadores como novas forças políticas. Nesse contexto, Cappelletti aponta que essa evolução social terá efeito no início da legislação social das nações mais avançadas, sendo o

⁸³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 80.

⁸⁴ MENER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Madrid : Librería General de Victoriano Suárez, 1898. p. 126.

⁸⁵ MENER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Madrid : Librería General de Victoriano Suárez, 1898. p. 127-128.

⁸⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 81.

Código de Processo Civil Austríaco de 1895 um dos mais significativos exemplos dessa alteração, já que possuía uma “concepção do processo como instrumento para educação e bem-estar social”.⁸⁷

Comentando acerca da reforma processual promovida por Franz Klein, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que, após sublinhar o conceito do valor social e público do processo, Klein compreende-o como um mal social (*sozial übel*) que deve ser extirpado da forma mais simples e econômica possível. Nessa linha de raciocínio, Klein se utilizará dos princípios processuais da oralidade, da publicidade e da livre valoração da prova como técnicas para atingir os escopos do processo, devendo este ser entendido como uma ajuda segura e imediata, um instituto essencialmente de bem-estar social. É por essa razão que Klein sustentará uma participação mais ativa do juiz no procedimento, ao contrário do que propugnava as bases ideológicas do processo adversarial. Caberá ao juiz participar de forma mais intensa no processo e, principalmente, na investigação dos fatos, sendo-lhe confiada a direção material do processo (*richterliche Prozessleitung*), e não somente a formal (*formelle Prozessleitung*).⁸⁸

Ainda segundo as lições de Alvaro de Oliveira, Klein confessadamente buscava criar um processo civil segundo o qual a parte mais débil e dotada de menos recursos para patrocinar sua defesa se encontrasse em paridade de armas contra qualquer adversário, mesmo que este fosse mais forte econômica e tecnicamente. Para isso ser possível, estruturou-se um processo no qual o juiz deixa de exercer a função de mero observador do litígio. Em verdade, impõe-se como um dever do órgão judicial advertir os litigantes sobre eventuais irregularidades e lacunas de seus pedidos e alegações, assumindo o juiz uma função supletiva e auxiliar às partes durante o processo.⁸⁹

As alterações promovidas na legislação austro-húngara por obra de Franz Klein tiveram ressonâncias em outras partes do mundo. A Alemanha foi o primeiro país a acomodar as mudanças sociais promovidas por Klein por meio de reformas do Código de Processo Civil Alemão de 1877.⁹⁰ É que, apesar de o *Zivilprozessordnung* (ZPO) de 1877 ter sido

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Vol. 1. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 366.

⁸⁸ ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I. Disponível em: <<https://goo.gl/AFmkyY>>. Acesso em 12 jan. 2018.

⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I. Disponível em: <<https://goo.gl/AFmkyY>>. Acesso em 12 jan. 2018.

⁹⁰ Nesse sentido, Michele Taruffo destaca que: “De fato, o código de Klein de 1895 não só inovou radicalmente a situação da justiça civil na Áustria, mas constituiu o modelo para as posteriores reformas alemãs, que depois de

inicialmente fundado sob a ideologia liberal, esse código liberal sofreu alterações em 1909, 1924 e 1933, que resultaram na absorção de técnicas prevista na legislação austríaca.⁹¹

Acerca de reforma de 1909, Ronaldo Kochem destaca que ela colocou o juiz como o responsável pela obtenção das questões fáticas do processo, concedendo-lhe amplos poderes para atuar na instrução processual e para ordenar esclarecimentos sobre os fatos a partir do que foi disposto nas petições iniciais e nos escritos preparatórios para a audiência. Kochem ressalta, ainda, que a reforma de 1909 estabeleceu para o juiz o *Erörterungspflicht* (dever de debate), segundo o qual “na audiência o tribunal deve debater com as partes os fatos relevantes (*Sachverhältnis*) e as questões do litígio (*Streitverhältnis*)” e, assim, “contribuir para que as partes se esclareçam completamente a respeito de todos os fatos essenciais e para que façam os pedidos pertinentes”.⁹²

A reforma de 1924 robustece os poderes judiciais de direção formal (*formelle Prozessleitung*) e material (*materielle Prozessleitung*) do processo, retirando das partes o controle dos prazos processuais, assim como atribui um papel mais ativo do juiz no que se refere ao objeto do processo.⁹³ Nesse sentido, Roberto Del Caro aponta que o dever de direção material do processo alemão pelo juiz pode ser atribuído à reforma de 1924.⁹⁴ De seu turno, Ronald Kochem aponta que serão essas reformas processuais que irão atribuir ao juiz o papel de agir em nome do *interesse da melhor administração da justiça*, o que incluiu no alargamento do dever de esclarecimento do juiz em relação à reforma de 1909, uma vez que agora o juiz poderá se esclarecer dos fatos antes da audiência e também em razão de que o dever de debate veio vazado em um dispositivo de dever (*Mußvorschrift*), no lugar de um dispositivo autorizativo (*Kannvorschrift*).⁹⁵

Por sua vez, a reforma de 1933, já estruturada com a vigência do regime nazista, defende uma ideia de justiça rápida e próxima ao povo, sob o argumento de que a função jurisdicional não deve servir às partes, mas, especialmente, à segurança jurídica da

várias etapas consolidaram-se principalmente com a *Beschleunigungsnovelle* de 1977”. (TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: ensaios. Tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 24),

⁹¹ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 88.

⁹² KOCHER, Ronald. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). *Revista de Processo*. Ano 41. vol. 251. Janeiro/2016. p. 81.

⁹³ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 88.

⁹⁴ DEL CARO, Roberto. Direção material do processo. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2009. p. 177.

⁹⁵ KOCHER, Ronald. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*kooperationsmaxime*). *Revista de Processo*. Ano 41. vol. 251. Janeiro/2016. p. 81.

coletividade.⁹⁶ Além disso, a reforma de 1933, atribui às partes a reponsabilidade de esclarecer as questões fáticas de forma completa e acordo com a “verdade”, o que denota o cunho autoritário da referida reforma.⁹⁷

Na Itália, as reformas promovidas por Klein somente serão sentidas a nível legislativo no Código de Processo Civil Italiano de 1940, em pleno regime fascista, porém somente foram introduzidas no seu aspecto paternalístico, e não no plano técnico. Assim, a socialização processual na Itália ocorrerá essencialmente em âmbito doutrinário, nos trabalhos de Giuseppe Chiovenda. Com base nos conceitos de oralidade e da concentração de atos, Chiovenda irá desenvolver as ideias de Franz Klein e defenderá um anteprojeto para o Código de 1940 com as seguintes características: (i) imediatidade da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações ele deveria valorar; (ii) identidade física do juiz durante o desenvolvimento da causa; (iii) irrecorribilidade das interlocutórias; (iv) concentração do exame da causa num período único de debate, que será desenvolvido numa audiência ou em poucas audiências próximas; e (v) aumento dos poderes judiciais com a adoção do princípio autoritário.⁹⁸

1.2.2 A importância da doutrina alemã de Oskar von Bülow para a “socialização” processual das primeiras décadas do século XX

Ao lado da reforma legislativa promovida por Franz Klein, os estudos de Oskar von Bülow⁹⁹ serão de fundamental importância para a estruturação de um processo inquisitorial. Com sua obra “A teoria das exceções e dos pressupostos processuais” (*Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*), publicada em 1868, Bülow irá desenvolver a ideia de que o processo é uma relação jurídica abstrata de direito público, que para o seu desenvolvimento regular deverá obedecer a pressupostos de existência e validade.

Conforme adverte Joaquim Márcio de Castro de Almeida, Oskar von Bülow não é de fato o criador de uma teoria da relação jurídica processual. Isso porque o conceito de processo enquanto relação jurídica já era de conhecimento dos jurisconsultos romanos, conforme se observa da própria obra de Bülow, que destaca que em Roma os juristas não se contentavam

⁹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 88.

⁹⁷ KOCHER, Ronald. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*. Ano 41. vol. 251. Janeiro/2016. p. 82.

⁹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 94-96.

⁹⁹ BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Campinas: LZN, 2003.

com a “ideia superficial do processo como pura série de atos do juiz e das partes, mas haviam concebido a natureza daquele como relação jurídica unitária.”¹⁰⁰ A grande contribuição de Büllow será a defesa de que a relação jurídica processual deveria obedecer a pressupostos processuais como requisitos para que o juiz apreciasse o conteúdo material da demanda.¹⁰¹

A obra de Büllow influenciou a formação de um modelo inquisitivo de processo, precisamente porque, na relação jurídica de direito público por ele imaginada, o órgão jurisdicional é projetado como o grande protagonista do processo judicial. Nesse sentido, Dierle Nunes observa que, na relação jurídica processual de Büllow, as partes são meros colaboradores do juízo.¹⁰²

Soma-se a isso a defesa de Büllow por uma aplicação livre e, em certo sentido, subjetiva do direito pelos juízes, a quem caberia desenvolver sua função com sabedoria e sensibilidade. Isso pode ser confirmado pelas próprias palavras de Büllow, que afirmou que “ao lado do direito criado pela lei, devemos advertir a existência de um verdadeiro e próprio direito de origem judicial, que não coincide com o direito consuetudinário e nem deste deriva”.¹⁰³

Diante disso, nota-se que a teoria de Oskar von Büllow será importante ferramenta teórica para a configuração de um processo sob os moldes do modelo inquisitivo, pois concebe um processo judicial centrado na figura do juiz e relega às partes um papel secundário.

1.2.3 O papel do juiz e a busca da justiça no modelo inquisitivo

Expôs-se que a doutrina do Estado-Social exigiu que o Estado passasse a realizar prestações positivas, bem como corrigisse eventuais desigualdades provocadas pelo mercado. Além disso, a doutrina da socialização do processo direciona para o Estado-Juiz o papel de fazer justiça a partir da sua interpretação do texto legal. Disso resulta o protagonismo do juiz no modelo inquisitivo.

¹⁰⁰ BÜLOW, Oskar Von. Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais. Campinas: LZN, 2003. p. 8

¹⁰¹ ALMEIDA, Joaquim Márcio de Castro de. *Emendatio libelli. A emenda judicial da acusação in pejus: uma nova leitura à luz do modelo constitucional do processo penal e da teoria discursiva do direito e da democracia*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: PUC-MG, 2009. p. 15.

¹⁰² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 100.

¹⁰³ BÜLOW, Oskar Von. Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais. Campinas: LZN, 2003. p. 7-8.

Nele, caberá ao juiz ativamente conformar o processo de acordo com os seus valores acerca da justiça. Seu papel não será de um árbitro passivo, que observa a atuação das partes e, ao final, escolhe pela versão que considera mais correta. Como visto, a partir das formulações teóricas de Anton Menger e Franz Klein ao juiz é conferido o principal papel no processo, cumprindo-lhe, nesse contexto, a busca da verdade dentro do processo.

Por essa razão, abandona-se por completo a ideia de que basta seguir o procedimento para que a justiça seja alcançada, pois no modelo inquisitivo a justiça da decisão não é procedimental, mas sim substancial. Dessa forma, também será papel do juiz produzir as provas que considera relevantes para o caso quando considerar que o material ofertado pelas partes não é suficiente para alcançar um julgamento justo. Assim, o modelo inquisitivo, ao contrário do modelo adversarial, baseia-se numa opção ideológica segundo a qual a decisão não será substancialmente justa somente porque seguiu o procedimento e pôs fim a controvérsia.

1.3. O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO PREVISTO PELO ART. 6º DO CPC-2015 E O ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Do ponto de vista normativo não há mais como sustentar que o processo civil brasileiro seja conformado pelo modelo adversarial ou inquisitivo. Se antes do Código de Processo Civil de 2015 poder-se-ia discutir a respeito do legislador brasileiro ter privilegiado o modelo adversarial ou inquisitivo, a partir do novo diploma processual o legislador, expressamente, fez opção pelo modelo cooperativo de processo, conforme se verifica da leitura do seu artigo 6º, que expressa que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

O parágrafo único do art. 1º¹⁰⁴ da Constituição brasileira de 1988 já estabelecia que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Desse modo, instituiu-se um Estado Democrático Constitucional, no qual todo poder emana do povo e, além disso, por ele deve ser exercido. Conforme leciona Hermes Zanetti Junior, com a evolução do Estado de Direito, essencialmente relacionado à limitação dos poderes, para o Estado Democrático

¹⁰⁴ CRFB-88. “Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Constitucional, “o povo fez-se o único poder e o Estado contraiu obrigações sociais, submetendo todas as suas funções ou poderes ao império e soberania da Constituição”.¹⁰⁵

Entre as obrigações contraídas pelo Estado Brasileiro há a previsão no inciso terceiro do artigo 1º¹⁰⁶ da Constituição, que estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, entre os seus objetivos fundamentais estão a construção de uma sociedade, livre, justa e solidaria (art. 3º, I¹⁰⁷, CRFB-88) e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III¹⁰⁸, CRFB-88). Em vista delas, Daniel Mitidiero afirma que a “sociedade contemporânea pode ser considerada como um empreendimento de cooperação entre os seus membros em vista da obtenção do proveito mútuo”.¹⁰⁹

Com apoio nas lições de Hermes Zaneti Jr., optou-se, neste trabalho, pela utilização da nomenclatura *Estado Democrático Constitucional* para determinar essa atual configuração estatal, em substituição às expressões *Estado Constitucional* ou *Estado Democrático de Direito*, porque a denominação proposta por Zaneti Jr. tem a capacidade de aglutinar as principais características do Estado contemporâneo. Como observa Zaneti Jr., não se vive somente em um Estado de Direito, nem apenas em um Estado Constitucional ou, simplesmente, em uma democracia. O Estado Democrático Constitucional congrega a supremacia de uma Constituição rígida, que assegura direitos fundamentais e a pluralidade política.¹¹⁰

Assim, do mesmo modo que o Estado Liberal e o Estado Social produziram seus modelos de processo, definindo como deveria ser a posição do juiz e das partes na relação processual, o Estado Democrático Constitucional terá no modelo cooperativo a sua forma de organização do processo.¹¹¹ O modelo cooperativo de processo, ao transpor as características

¹⁰⁵ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005. p. 178.

¹⁰⁶ CRFB-88. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

¹⁰⁷ CRFB-88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

¹⁰⁸ CRFB-88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

¹⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

¹¹⁰ ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 24.

¹¹¹ A propósito, Hermes Zaneti Jr. leciona que: “o processo deve ser compreendido a partir da divisão de tarefas entre o juiz e as partes. Cada modelo de processo corresponde a um modelo de Estado, sendo notável a distinção entre os Estados Liberal, Social e Democrático para verificar as posturas adotadas quanto à divisão de trabalho

do Estado Democrático Constitucional para o ambiente processual, organiza a relação processual segundo uma comunidade de trabalho, no qual o trabalho processual deve ser realizado de forma conjunta entre os juízes e as partes. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. compreende que a condução cooperativa do processo é feita sem destaque particular a qualquer um dos sujeitos processuais.¹¹²

Tendo isso em consideração, pode-se afirmar, inclusive, que os modelos adversarial e inquisitivo são incompatíveis com o Estado Democrático Constitucional. O primeiro modelo, porque ao conceber o juiz como sujeito passivo que deve se manifestar essencialmente no momento da decisão judicial, afasta-se dos fundamentos e objetivos fundamentais da Constituição brasileira, que exigem do Estado a redução das desigualdades sociais; com a noção de que o processo é instrumento de tutela de direitos, de modo que é tarefa do juiz participar ativamente da marcha processual a fim de entregar a melhor tutela possível; com o ideal de solidariedade constitucional disposto no art. 3º, inciso I¹¹³ da Constituição e com a opção ideológica do Estado Democrático Constitucional, que objetiva alcançar decisões justas (pretensão de correção), não sendo mais defensável a tese segundo a qual decisão justa é aquela que meramente seguiu o procedimento legal e pôs fim à controvérsia. O outro (inquisitorial) confere às partes uma participação muito limitada durante o procedimento, centrando na figura do juiz o papel principal do processo; construção que não se compatibiliza com a ideia de participação popular na formação dos atos estatais, com a defesa das liberdades e da autonomia da vontade das partes, conquistas do Estado Liberal que não devem ser desconsideradas e com a ideia de que a verdade processual é uma noção confusa, não sendo possível ser atingida a partir da investigação solitária pelo juiz-burocrata, de modo que a decisão judicial deve ser fruto da argumentação e do diálogo travado durante o arco procedimental.

Já o modelo cooperativo de processo visa organizar o papel das partes e do juiz de modo a formar uma comunidade de trabalho, no qual o trabalho processual deve ser realizado conjuntamente, entre os juízes e as partes, de forma que o processo não pode ser visto como

entre as partes e ao juiz. O modelo de processo dispositivo corresponde ao Estado Liberal; o modelo inquisitivo, ao Estado Social; e o modelo cooperativo ao Estado Democrático Constitucional. A cooperação representa, por consequência, uma superação da dicotomia dispositivo e inquisitivo”. (ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 139).

¹¹² DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 18.

¹¹³ CRFB-88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

coisa das partes (*chosen da parties*), nem mesmo como uma investigação-oficial a ser realizado pelo juiz. Ele retira o seu fundamento do princípio da cooperação. Nesse sentido, Reinhard Greger destaca que a afirmação da cooperação como princípio processual é fundamental para a estruturação de um novo modelo processual, e acentua que o princípio da cooperação parte de uma compreensão acerca do processo apreendida a partir de Oskar von Bülow¹¹⁴, segundo a qual o processo civil é uma relação jurídica entre os sujeitos processuais, ou seja, uma relação entre o juiz e as partes de um lado e as partes entre si de outro.¹¹⁵

Desse modo, sendo o processo uma relação jurídica processual, seu objetivo é alcançar uma decisão judicial que afirme e satisfaça (fase executiva) determinado direito, de forma a garantir a paz social. Para isso, faz-se necessário que os sujeitos não apenas interajam entre si dentro de uma comunidade de trabalho, mas também que o processo seja conduzido pelo juiz de maneira dialógica e cooperativa. Em um Estado Democrático Constitucional, o relacionamento do juiz com as partes não pode ser calcado pelo viés autoritário; ao mesmo tempo não se pode exigir que as partes resolvam os seus problemas em clima de amizade. Portanto, o princípio da cooperação não pode ser visto como portador de meras instruções para que as partes, ou para que o juiz, ajam de determinada maneira, mas sim como “ideias fundamentais, que determinam globalmente o termo e o caráter de um processo judicial”, de modo a reestruturar o comportamento das partes a partir de bases normativas.¹¹⁶

É de relevo ressaltar, ainda, que o ambiente processual é essencialmente competitivo, e que, nele, cada sujeito sempre terá como objetivo principal alcançar os seus objetivos particulares; algo que, em primeira análise, poderia trazer para o modelo cooperativo processual a acusação de se tratar de uma construção utópica, sob a qual todos estão de acordo, mas que seria impraticável no cotidiano forense. No entanto, é justamente para combater essa litigância estratégica que se estruturou o modelo cooperativo de processo, cujo papel será oferecer “uma base normativa que induza um comportamento de diálogo genuíno no qual estes comportamentos não cooperativos sejam mitigados”.¹¹⁷

¹¹⁴ BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Campinas: LZN, 2003.

¹¹⁵ GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.). *Normas Fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 302.

¹¹⁶ GREGER, Reinhard. *Cooperação como Princípio Processual*. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.). *Normas Fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 303.

¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo cpc – fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 69.

Seguindo o raciocínio de Greger, Fredie Didier Jr destaca que o princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve se estruturar no Direito brasileiro, e que é resultado do redimensionamento do princípio do contraditório, da boa-fé processual e do devido processo legal. Em suas palavras: “os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação”, que “define o modo como o processo civil estrutura-se no direito brasileiro”.¹¹⁸

Além de ser o modelo compatível com o Estado Democrático Constitucional, o modelo cooperativo parece se compatibilizar com uma nova fase metodológica do direito processual civil brasileiro (formalismo-valorativo), que será minudenciada no próximo capítulo, no contexto em que procurar-se-á relacionar os modelos de processo às fases do processo que lhes são correspondentes.

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 18.

CAPÍTULO 2. AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL E OS MODELOS PROCESSUAIS

O processo civil brasileiro é um objeto cultural e como toda disciplina jurídica é construído histórica e culturalmente pela atividade humana. Distingue-se, portanto, dos *dados*, que se constituem como realidades autônomas e independem da interação humana para moldá-los, categoria em que se enquadra a velocidade da luz, o ponto de ebulição da água, a gravidade da Terra etc. Diferentemente do Direito, aqui a atuação humana não contribui para alterar o objeto de estudo, o que leva ao estudioso dessa área do conhecimento a circunscrever-se àquilo que já está posto pela natureza.¹¹⁹

Destarte, sendo o processo civil brasileiro um objeto cultural, é inevitável que ele sofra os influxos de seu momento histórico e seja influenciado pelas mudanças políticas, tecnológicas, sociais, culturais, científicas, de determinada época, apresentando-se, assim, como um objeto cujo conteúdo é mutável.¹²⁰ E não poderia ser de outra forma. Afinal, se é verdade que o direito positivo busca alterar a realidade social por meio da formulação de enunciados prescritivos, é elementar que ele absorva as características do período histórico no qual está inserida uma população, até mesmo em razão da preocupação do legislador em produzir enunciados eficazes.¹²¹

¹¹⁹ Sobre a diferenciação entre o *dado* e o *construído*, cf. a lição de Miguel Reale: “No universo há coisas que se encontram, por assim dizer, em estado bruto, ou cujo nascimento não requer nenhuma participação de nossa inteligência ou de nossa vontade. Mas, ao lado dessas coisas, postas originariamente pela natureza, outras há sobre as quais o homem exerce a sua inteligência e a sua vontade, adaptando a natureza a seus fins. Constituem-se, então, dois mundos: o do natural e o do cultural; do *dado* e do *construído*; do *cru* e do *cozido*”. (REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24).

¹²⁰ A respeito da relação entre processo e cultura, confira na doutrina italiana: DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 39, série 2, p. 443-464, em especial, p. 461-464; BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 27, série 2, p. 253-271; FAZZALARI, Elio. L’esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 20, série 2, p. 10-30. Na doutrina brasileira, veja: Lacerda, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil* 3/74-86; Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 71-76. Mitidiero, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil* 33/484-510, em especial, p. 484-488; Mitidiero, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 23-47; Botelho, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 17-55; e Jobim, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹²¹ A eficácia de uma norma jurídica difere de sua vigência. Uma norma pode estar vigente em uma sociedade, mas pode não ser observada pelos cidadãos. Para isso há uma expressão popular, quando a norma apesar de vigente não produz efeitos práticos, diz-se que a lei “não pegou”. Quanto à distinção entre vigência e eficácia, Miguel Reale leciona: “Validade formal ou vigência é, em suma, uma propriedade que diz respeito à competência dos órgãos e aos processos de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo. A eficácia, ao contrário, tem um caráter experimental, porquanto refere-se ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (*Anerkennung*) do direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularmente aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento”. (REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 114).

É dentro desse contexto que deve ser estudado e assimilado o Código de Processo Civil de 2015 (CPC-2015). Ele é produto dos mais diversos fatos sociais que são irradiados por uma sociedade. Está inserido em uma corrente histórica, serve-se de tudo o que ocorreu nas décadas passadas durante a experiência da vigência do Código de Processo Civil de 1973 e dos diplomas processuais anteriores, da doutrina nacional e estrangeira que se formou nesse período, dos fatos históricos, econômicos, sociais e políticos do referido interregno.

Assim, a melhor forma de compreender o momento atual do processo civil brasileiro é realizando um breve passeio por suas fases metodológicas, procurando relacioná-las aos modelos de processo (adversarial, inquisitivo e cooperativo). Essa análise é de fundamental importância para este trabalho, pois, como ter-se-á a oportunidade de demonstrar, a última dessas fases metodológicas (formalismo-valorativo) emoldura o modelo cooperativo de processo.

Em geral, a doutrina jurídica divide a evolução do processo civil em três fases metodológicas: praxismo (ou sincretismo), processualismo (ou autonomismo) e instrumentalismo.¹²² Ocorre que, mais recentemente, em especial a partir do Código de Processo Civil de 2015¹²³, parcela importante dos processualistas brasileiros passam a adotar como quarta fase metodológica do processo civil brasileiro o formalismo-valorativo¹²⁴,

¹²² Cândido Rangel Dinamarco, um dos maiores representantes da Escola Paulista de Processo, utiliza os termos sincretismo, autonomia e instrumentalidade (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17). Daniel Mitidiero, um dos principais representantes da escola gaúcha de processo, refere-se às mesmas fases com a seguinte nomenclatura: praxismo, processualismo e instrumentalismo (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29).

¹²³ O Código de Processo Civil de 2015 tem especial importância para a mudança de posicionamento dos processualistas quanto à atual fase metodológica do direito processual civil brasileiro, uma vez que diversos autores estão a compreender que as bases metodológicas do novo processo civil brasileiro se amoldam à proposta teórica do formalismo-valorativo. Nesse sentido, cf. MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹²⁴ Entre os que consideram que o processo civil se encontra em sua quarta fase metodológica, cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 46; MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48; ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo onstitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 42. Em sentido contrário, Dinamarco e Lopes descrevem apenas as três tradicionais fases metodológicas do processo civil (praxismo, processualismo e instrumentalismo), o que leva a crer que ainda consideram estar o direito processual civil brasileiro mergulhado na fase instrumentalista. (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 264). No mesmo sentido, Rafael Auilo, em obra recente, destaca que salvo as exceções das escolas gaúcha e mineira, a doutrina costuma dividir a história do processo civil em três fases metodológicas.” (AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo cpc*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 25).

construção desenvolvida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.¹²⁵ Nessa perspectiva, o formalismo-valorativo se apresentaria como um passo adiante em relação ao instrumentalismo, que seguiria, para essa corrente doutrinária, como a terceira fase metodológica do processo.

2.1 O PRAXISMO COMO FASE METODOLÓGICA RELACIONADA TANTO AO MODELO ADVERSARIAL QUANTO AO MODELO INQUISITIVO

O praxismo corresponde à fase mais primitiva do processo, quando não se vislumbrava o processo como disciplina distinta do direito material. Por essa razão, o estudo do processo limitava-se a aspectos práticos ligados ao procedimento, sem maiores preocupações científicas.¹²⁶⁻¹²⁷ Como ressalta Dinamarco e Lopes, nessa fase “o processo era concebido como um modo de exercício dos direitos, sendo visto apenas em sua realidade física exterior perceptiva aos sentidos” e, portanto, “era confundido com o mero procedimento quando o definiam como uma sucessão de atos e nada se dizia sobre a relação jurídica entre seus sujeitos”.¹²⁸

Enquanto o processo era considerado como simples meio de exercício dos direitos, a ação era entendida como o próprio direito subjetivo material que, quando violado, adquiriria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida, justamente porque não se distinguia o direito processual do direito material.¹²⁹ Daí porque, durante essa fase, o direito processual é denominado de direito adjetivo,¹³⁰ uma vez que sua existência era dependente do direito

¹²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹²⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 46.

¹²⁷ Acerca do termo praxismo, Eduardo Lamy e Horácio Rodrigues pontuam que: “A denominação praxismo vem de praxe, que significa rotina, uso, aquilo que se pratica habitualmente. Nesse período, o direito processual era considerado pelos juristas como um conjunto de regras práticas sobre a forma de proceder em juízo. A preocupação central era com a forma de realizar o processo. Não havia preocupação com seu estudo teórico. Os estudos desse período estavam repletos de marcante preocupação forense”. (LAMY, Eduardo de Abelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 54).

¹²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 18.

¹²⁹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 66.

¹³⁰ É creditado ao filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham (1748-1832) a divisão entre direito substantivo e direito adjetivo. O direito substantivo seria o direito material, que de acordo com a filosofia utilitarista de Bentham teria como objetivo maximizar a felicidade do maior número de membros da comunidade. Já o direito adjetivo teria como escopo maximizar a aplicação do direito substantivo. Essa diferenciação entre o direito substantivo e direito adjetivo pode ser vista no seguinte excerto de sua obra, in verbis: “*Of the substantive*

material, que seria o direito objetivo. Daniel Mitidiero informa que o direito romano¹³¹ em suas três fases (*legis actiones*, *per formulas* e *cognitio extra ordinem*), bem como o direito canônico e o germânico-bárbaro, enquadram-se na fase praxista.¹³²

José Eduardo Carreira Alvim, de seu turno, adota uma classificação mais extensa que a tradicional e emprega o termo sincretista como gênero dentro do qual insere como espécie o praxismo. Para Carreira Alvim, o sincretismo seria dividido da seguinte maneira: (i) período primitivo, que se inicia paralelamente à história da humanidade e se estende até o século XI (direito romano); (ii) escola judicialista, que nasce com o surgimento das universidades da Europa continental, período que é marcado pela recepção do direito romano (séculos XI-XV); (iii) praxismo, que nasce na Espanha no começo do século XVI, quando o processo consistia em um conjunto de regras práticas sobre o procedimento em juízo; (iv) procedimentalista, que nasce em França no Século XIX sob as influências da Revolução Francesa, momento no qual o processo deixa de ser praxe e passa a encontrar na lei a sua fundamentação.¹³³

Já Carlos Alberto Alvaro de Oliveira divide a fase comumente chamada de praxismo em duas: a *praxista* e a *procedimentalista*. Para Alvaro de Oliveira, a fase praxista está compreendida entre o período de 1250 e 1667, quando o direito processual era tratado como algo eminentemente prático e que interessava era o *iudicium* e não o processo. As partes e o juiz se organizavam segundo uma ordem isonômica ou simétrica e a aplicação do Direito se baseava na lógica argumentativa aristotélica. Já a fase procedimentalista se inicia a partir do *Code Louis* de 1667, que instaura uma lógica mais formalizada ao ambiente processual (Pierre de La Ramée), no entanto do mesmo modo o processo é ainda considerado uma mera

branch of the law, the only defensible object or end in view, is the maximization of the happiness of the greatest number of the members of the community in question. Of the adjective branch of the law, the only defensible object, or say end in view, is the maximization of the execution and effect given to the substantive branch of the law". (BENTHAM, Jeremy. *Principal of Judicial Procedure: with outlines of a procedure code*. Publisher: WealthOfNation. Kindle Edition. Loc. 468).

¹³¹ A respeito do sincretismo entre o direito material e o direito processual no período romano, Tucci e Azevedo dissertam: "A autonomia do processo, tão cara para os cultores da ciência processual de nossos dias, não se denotava, como é cediço no direito romano. A razão determinante desse fato centra-se na concepção que tinham os juristas romanos da relação entre direito subjetivo material e ação judiciária (*actio*), porquanto, a rigor, as normas de caráter processual figuravam na experiência jurídica romana fundidas com aquelas de cunho substancial. E, esta circunstância decorria da visualização que possuíam do fenômeno jurídico, não, como hoje, de um ponto de vista eminentemente sistemática (quase fisiológico), mas, na verdade, de um prisma patológico; "configurava-se o direito subjetivo pela ótica da 'ação' com a qual o titular podia tutelá-la contra possíveis ofensas. Os romanos não diziam: 'eu tenho um direito' (e, por via de consequência, uma ação para tutelá-lo), mas diziam simplesmente: 'eu tenho uma ação' (Sanfilippo)." (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39).

¹³² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual*. p. 106. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/49871/31208>>. Acesso em 27. jul. 2017.

¹³³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 116.

sucessão de formalidades, de forma que se confundia o conceito de processo com procedimento.¹³⁴

Historicamente, o praxismo compreende tanto formas de organização de processo mais próximas ao modelo adversarial quanto aquelas que se aproximam mais intensamente ao modelo inquisitivo. É importante realçar que se trata da fase metodológica mais extensa do direito processual, de forma que nela se enquadram momentos históricos díspares, que se deram em diferentes países, sob diferentes modelos de justiça. Assim, uma esquematização precisa sobre esse período talvez seja empreendimento muito difícil (se não impossível) de ser realizado. Fixada essa premissa, e considerando os objetivos deste trabalho, passar-se-á a apresentar alguns contextos históricos em que se verificam processos mais consentâneos aos moldes adversariais ou inquisitivos.

2.1.1 Contextos históricos relacionados ao modelo adversarial

Quando tratou do processo romano clássico, que compreende o período das ações da lei (*legis actiones*) e o período formulário (*per formulas*), Mauro Cappelletti pontuou que o modelo adversarial seria uma evolução não muito grande do processo civil romano clássico, tanto pelo desinteresse do Estado na busca da verdade (o que denota o caráter privado do processo, próprio do modelo adversarial clássico), quanto pelo fato de o processo ser dividido em duas fases (o *pre trial*, destinado às postulações, à fixação dos pontos controvertidos e a produção de provas, e o *trial*, que ocorre diante do magistrado democraticamente eleito para o caso concreto). O professor italiano também destaca que a oralidade presente no modelo adversarial também se verifica no período clássico do direito romano e informa que nessa época a prova oral é a prova por excelência, sendo a prova escrita a ela subordinada, do que resulta espécie de hierarquia probatória.¹³⁵

Essa posição de Cappelletti vai ao encontro da história do processo romano clássico, uma vez que tanto no período da *legis actiones* quanto no período *per formulas*, o processo romano é eminentemente um instrumento privado de resolução de conflitos, tendo o julgador natureza de árbitro. A própria sentença nada mais é que um laudo arbitral, não sendo legítima manifestação do poder estatal. O caráter privado do processo no período das “ações da lei”,

¹³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

¹³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- America, 1974. p. 317.

pode ser notado, inclusive, a partir da observação do ato de citação. Tucci e Azevedo, com base nos escritos do jurisconsulto romano Gaio, destacam que se tratava de um ato essencialmente privado e, por isso, não poderia comportar nenhuma ingerência ou auxílio de órgãos jurisdicionais. Assim, aquele que pretendia fazer valer o seu direito em juízo, deveria assegurar, pelos meios de que dispunha, o comparecimento do demandado.¹³⁶

Também é possível relacionar o processo da Grécia Antiga e do *ordo iudiciarius* da Itália medieval com o modelo adversarial de processo. No particular, Mitidiero¹³⁷ destaca que esses são processos que seguem o modelo paritário, que pressupõe uma organização social em que há uma certa indistinção entre a esfera política e o indivíduo. Sobre o processo da Grécia Antiga, Mitidiero ressalta que na tônica da vida social grega estava o valor “liberdade”. Desse modo, a gestão da coisa pública deveria ser exercida coletivamente. Além disso, a isonomia política do Estado Grego tinha como pressuposto a igualdade entre o cidadão que estava litigando em um processo e o julgador. Por essa razão, o processualista destaca que durante a condução do processo o juiz grego não interferia na esfera jurídica das partes, limitando-se a guardar a regularidade do processo. Disso resulta a correlação entre esse modelo grego de processo e o modelo adversarial clássico.¹³⁸

Já o processo medieval italiano, inserido em um contexto histórico em que há acentuada fragmentação territorial e social do poder na Itália, singulariza-se por estruturar-se como algo alheio à alçada do poder político. Não caberá a interferência do Rei, do Papa, ou de qualquer outra autoridade no processo, que é, essencialmente, coisa das partes. Dentro dessa perspectiva, a função do magistrado da Itália medieval se circunscreverá à fiscalização do procedimento, sendo imprópria qualquer ingerência de sua parte no procedimento. Ele deverá julgar a disputa a partir do material fático e probatório produzido pelas partes.¹³⁹

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que o “*iudicium* ou *ordo iudiciarius* era imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal”. Tratava-se de uma elaboração doutrinária (sem qualquer fundamento em regra escrita) que impunha uma ordem isonômica ao processo, de modo a estabelecer uma igualdade entre governantes e governados, entre o

¹³⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 47.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54-58.

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 56.

¹³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 57.

juiz e as partes e também em relação às partes entre si.¹⁴⁰ Nota-se, portanto, que o processo da Itália medieval é mais próximo do modelo adversarial de processo, que tem como uma de suas características principais a maior participação das partes na condução do processo. Além disso, a limitada função que era conferida ao magistrado, que apenas deveria velar pela regularidade do procedimento, também se amolda às bases do processo adversarial.

2.1.2 Contextos históricos relacionados ao modelo inquisitivo

Dito isso, importa observar, por outro lado, que a fase do processo romano conhecida como *cognitio extra ordinem*, também compreendida no período praxista, é particularmente relacionada com o modelo inquisitivo de processo. Isto porque, a partir da fase extraordinária, abandona-se a estrutura bifásica do processo romano, que passa a ser comandado do início ao fim pelo juiz-funcionário do Império Romano. Nesse sentido Tucci e Azevedo apontam que “pela primeira vez na história do processo romano, a sentença não significa mais um ato exclusivo do cidadão e nem apresentava caráter arbitral, mas, em verdade, consubstancia-se na atuação da autoridade do Estado: *ex autocaritate principis*.” Agora, a sentença se torna um comando imperativo e vinculante emanado de um órgão estatal.¹⁴¹

Aprofundando o tema, Tucci e Azvedo apontam que o período da *cognitio extraordinária* representa, essencialmente, o período em que o processo se torna instrumento para atuar a vontade do Imperador. Nesse sentido, observam que, quando o magistrado não era o próprio monarca, seria uma autoridade delegada, a agir em nome do Imperador.¹⁴²

Do mesmo modo, Daniel Mitidiero destaca que o magistrado do processo extraordinário possuía amplos poderes discricionários na direção do processo, podendo-se falar até mesmo na existência de um poder discricionário conferido ao juiz para dirigir o processo. No ponto, Mitidiero aponta que as partes estavam submetidas desde o início do processo ao poder coercitivo do magistrado, bem como destaca que o juiz tinha poder para investigar as alegações sobre os fatos da causa e livre permissão para avaliar as provas

¹⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir2.htm>>. Acesso em 22 fev. 2018.

¹⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

¹⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 112.

trazidas pelas partes. O que demonstra, mais uma vez, a aproximação do período extraordinário do processo romano com o modelo inquisitivo.¹⁴³

É também possível relacionar o processo civil prussiano do século XVIII ao modelo inquisitivo. Conforme leciona Daniel Mitidiero, o processo em questão estruturava-se inquisitorialmente, já que era conduzido pelo Estado-juiz de maneira burocrática. O juiz era considerado como representante da “*voluntas principis*” e possuía ampla legitimidade para participar da formação da prova, tendo até mesmo o dever de determinar a sua produção de ofício. Além disso, o interrogatório das partes era de iniciativa livre do magistrado, sendo impostas a elas o dever de dizer a verdade. Disso resulta que o juiz se posiciona como o sujeito processual de maior importância do processo civil prussiano em comento e, ao mesmo tempo, as partes estão submetidas ao seu poder, o que representa uma correlação com a formação inquisitiva de processo.¹⁴⁴

2.1.3 Observações complementares

Vê-se, pois, que o período praxista compreende tanto modelos de organização de processo mais próximos ao modelo adversarial quanto do modelo inquisitorial. De todo modo, importante lembrar que a relação entre essa fase metodológica e os modelos de processo deve ser feita com prudência, uma vez se trata de um período em que sequer é possível falar em direito processual civil enquanto disciplina autônoma do Direito. Procurou-se identificar ao longo da história experiências processuais que se inclinam mais ao modelo adversarial, em razão da predominância das partes na condução do processo, e outras que se amoldam mais ao modelo inquisitorial, dada a maior importância conferida ao órgão julgador. Certamente que não se trata de uma análise exaustiva, de modo que é possível identificar outros processos ao longo do período praxista e relacioná-los ao modelo adversarial ou inquisitivo.

2.2 O PROCESSUALISMO E O INSTRUMENTALISMO COMO FASES RELACIONADAS AO MODELO INQUISITIVO DE PROCESSO

¹⁴³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 59.

¹⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 59.

Por sua vez, a fase metodológica denominada processualismo surge a partir da criação do conceito de relação jurídica processual, que foi desenvolvido por Oskar von Bülow¹⁴⁵ em sua obra “Teoria das exceções e dos pressupostos processuais”, publicada em 1868. Não foi por outra razão que Cândido Rangel Dinamarco, em feliz passagem, referiu-se à obra de Bülow como a “certidão de nascimento do direito processual civil”,¹⁴⁶ justamente porque é a partir dela que o processo deixa de ser mero procedimento e passa a ser visto como uma relação jurídica abstrata que deve obedecer a pressupostos próprios de existência e validade.¹⁴⁷

Foi essa mudança na forma de encarar o fenômeno processual que possibilitou o estudo do direito processual como ramo autônomo da seara jurídica, e não mais mero apêndice do direito material. Na mesma toada, Ovidio Baptista ressalta que o nascimento do direito processual como uma disciplina jurídica autônoma, com objeto próprio e com suas leis e princípios processuais, é mérito do trabalho de Bülow, que destacou a relação de direito público que se forma entre o particular e o Estado, num momento em que os estudiosos de então somente enxergavam o processo como um desdobramento da relação de direito privado litigiosa.¹⁴⁸

É durante o processualismo que nascem os grandes institutos e conceitos do direito processual civil, uma vez que a doutrina processualista estava preocupada em fundar as bases de uma disciplina jurídica independente. A esse respeito, Daniel Mitidiero ressalta que foi durante a fase do processualismo que foram criados, por exemplo, os conceitos de atos processuais, litispendência, eficácia de sentença e coisa julgada.¹⁴⁹ Alexandre Freitas Câmara destaca que data dessa época o surgimento dos maiores processualistas de todos os tempos, entre os quais, *Giuseppe Chiovenda*, *Francesco Carnelutti*, *Piero Calamandrei* e *Enrico Tullio Liebman*, na Itália; *Adolf Wach*, *Leo Rosenberg* e *James Goldschmidt*, na Alemanha; *Jaime Guasp*, na Espanha; *Aldredo Buzaid*, *Lopes da Costa* e *Moacyr Amaral Santos*, no

¹⁴⁵ BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Campinas: LZN, 2003.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 258.

¹⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

¹⁴⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araujo. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.

¹⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

Brasil; que contribuíram de forma decisiva para a afirmação da autonomia científica do direito processual.¹⁵⁰

O instrumentalismo, por seu lado, foi sistematizado, no Brasil, por Cândido Rangel Dinamarco,¹⁵¹ e tem como principal mote a ideia de que o processo não deve ser visto apenas como um instrumento técnico voltado para a aplicação do direito, como parece sugerir, em parte, a fase autonomista, mas também como um instrumento para produzir justiça entre os membros da sociedade.¹⁵² Nesse sentido, sem negar os importantes avanços feitos pela fase autonomista, os adeptos do instrumentalismo sustentam que o processo deve ser observado não apenas em sua perspectiva interna, sob o ponto de vista dos sujeitos processuais (juízes, advogados, promotores de justiça), mas também a partir de um ângulo externo, levando em consideração os resultados da atividade processual para os *consumidores da jurisdição*. Isso demonstra a preocupação dos instrumentalistas com a efetividade da tutela jurisdicional, com os seus resultados práticos.¹⁵³

A *doutrina da instrumentalidade* no Brasil é fortemente influenciada pelos estudos realizados por Mauro Cappelletti¹⁵⁴ nas décadas de 1960 e 1970, que passa a se preocupar com a efetividade do processo, com o acesso à justiça e com o chamado direito processual civil de resultado.¹⁵⁵ Essas inquietações quanto aos objetivos do processo ganharão relevo no Brasil a partir da década de oitenta do século passado, com a publicação de *A instrumentalidade do processo* por Cândido Rangel Dinamarco. Nessa obra, Dinamarco afirma que o processo deve cumprir escopos sociais, políticos e jurídicos, o que denota a sua preocupação quanto aos resultados do processo, com sua capacidade de produzir justiça no caso concreto.¹⁵⁶ Além de garantir a aplicação do direito (escopo jurídico), Dinamarco sustenta que o processo também deve servir como um instrumento de pacificação social (escopo social) e garantir a participação dos indivíduos nos destinos da sociedade (escopo

¹⁵⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁵² CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 66.

¹⁵³ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 66.

¹⁵⁴ A propósito, uma das grandes obras de Mauro Cappelletti, na qual são lançadas as bases da doutrina da efetividade do processo é *Processo, ideologias e sociedade*. (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007; CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.)

¹⁵⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 127.

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 177-187.

político). Nesse contexto, sobressaem como características da terceira fase metodológica a negação da natureza e objetivo puramente técnicos do direito processual, a afirmação da sua permeabilidade aos valores da ordem político-constitucional e jurídico-material e o reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.¹⁵⁷

Uma vez fixada a premissa de que o processo deve atingir escopos sociais e políticos, além do jurídico, bem como a necessidade de que ele seja um instrumento para a realização da justiça, Cláudio Madureira observa que Candido Rangel Dinamarco realizará uma reavaliação acerca da Teoria Geral do Processo e chegará à conclusão de que para o *instrumentalismo* alcançar os objetivos que pretende será necessário deslocar o centro gravitacional da teoria do processo da *ação* para a *jurisdição*. Assim, a partir da perspectiva dos instrumentalistas, para realizar a justiça no processo “*cumpra aos juízes conformar o processo às exigências do direito material encartados nos textos legais, com vistas à sua efetiva realização*”.¹⁵⁸

Na mesma linha de raciocínio, Daniel Mitidiero aponta que os instrumentalistas julgam incabível “colocar a ação como polo metodológico do direito processual, na medida em que essa orientação revela uma postura ‘individualista e restrita ao processo civil’”. Prosseguindo seu raciocínio, Mitidiero aponta que a *teoria da instrumentalidade* também considera que o processo “não pode ser encarado como polo atrativo dos demais institutos de direito processual, porquanto ‘marcadamente formal’, traz ‘profunda e indisfarçável marca de formalismo’”. Disso conclui que, a partir da perspectiva instrumentalista, somente a jurisdição poderia ocupar o polo central da Teoria Geral do Processo, já que ela “constitui uma manifestação do poder estatal exercido pelos juízes para a consecução dos fins do próprio Estado”.¹⁵⁹

Dentro desse contexto, será de fundamental importância para o cumprimento dos objetivos da teoria da instrumentalidade a flexibilização do binômio direito-processo, uma vez que o processo passará a ser visto não como fim em si mesmo, mas, essencialmente, como um instrumento para a aplicação do direito material. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque destaca que a ‘revisitação’ do fenômeno processual deve envolver uma nova análise interna do processo, de modo a adaptá-lo às necessidades externas, assim como a consciência de que os institutos processuais são pensados à luz do direito material, o que permite concluir

¹⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 23.

¹⁵⁸ MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 27.

¹⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 37.

que a distância entre o direito e o processo é muito menor do que se possa imaginar.¹⁶⁰ Em suas próprias palavras, Bedaque¹⁶¹ assevera que “a natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial [...]”.

Assim, caberá aos juízes, sempre que isso for necessário, flexibilizar determinadas formalidades processuais de modo a se atingir decisões mais justas nos casos concretos e que façam cumprir o que está disposto no direito material. Daí a importância do deslocamento da jurisdição (leia-se: a autoridade estatal) para o centro da teoria do processo.

Por essas razões, Daniel Mitidiero se posiciona no sentido de que o instrumentalismo ainda vincula a atividade do juízo a uma função essencialmente declarativa, por meio da qual o magistrado irá revelar o direito material que já está contido nos textos legais.¹⁶² Essa faceta da teoria da instrumentalidade também é notada por Cláudio Madureira, quando afirma que o instrumentalismo “parece circunscrever o papel dos juízes à realização no processo [de] um direito material pré-existente, e por isso parece assimilar a acepção de justiça própria do pensamento positivista, de inspiração liberal-burguesa, segundo a qual seria justo tudo quanto estivesse impresso nos textos legais.”¹⁶³⁻¹⁶⁴

Assim, para os adeptos do instrumentalismo, a realização da justiça no ambiente processual se fundamenta na necessidade de que os juízes (dada à noção de que a jurisdição deve ocupar a posição central na Teoria do Processo) promovam uma reaproximação entre o direito processual e o direito material (por consequência da relativização do binômio direito-

¹⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 14-15.

¹⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 16.

¹⁶² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 36.

¹⁶³ MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro*: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 29.

¹⁶⁴ José Roberto dos Santos Bedaque parece discordar da crítica quanto ao fato de que a teoria da instrumentalidade compreende a atividade judicial como função eminentemente realizada pelo método da subsunção. A esse respeito, Bedaque enfatiza que “É óbvio que a subsunção pressupõe compreensão e juízos de valor, atividades realizadas pelo juiz e incidentes sobre o conteúdo da norma. O contraditório efetivo tem o condão de assegurar as partes o poder de influir nessa atividade cognitiva. Mais do que isso não me parece possível, ao menos à luz do regime democrático e das normas constitucionais”. Todavia, em outra passagem, Bedaque sustenta que o direito preexiste sim ao processo, em suas próprias palavras: “O direito preexiste sim ao processo, tanto que na grande maioria das vezes sua atuação prática se dá por ato dos próprios destinatários das regras. Se há dúvida quanto ao exato significado das normas, o que muitas vezes impede sua aplicação espontânea, o juiz, com base nos valores por ele aceitos, deverá encontrá-la e impor coercitivamente”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). *Garantismo processual*: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 23-25.

processo), de forma que as formalidades processuais dos casos concretos não sejam obstáculos para que o processo alcance os seus objetivos.¹⁶⁵

Essas considerações indicam que tanto o processualismo¹⁶⁶ quanto o instrumentalismo, inclinam-se de forma mais intensa para a estruturação de um processo mais consentâneo com o modelo inquisitivo de processo, pois compreendem o órgão judicial enquanto elemento central do processo e reduzem a importância das partes na construção da decisão judicial. Tanto o instrumentalismo quanto o processualismo conferem ao juiz um acentuado grau de protagonismo na relação processual, uma vez que será de sua responsabilidade a aplicação correta do direito, seja a partir do silogismo entre os fatos e os textos legais, seja levando em conta o seu sentimento de justiça enquanto legítimo intérprete dos valores sociais¹⁶⁷, e, ainda, eventualmente, a partir da flexibilização do texto legal para que determinadas formalidades processuais não se tornem um obstáculo para a realização da justiça no caso concreto.

2.2.1 Relacionamento do processualismo ao modelo inquisitivo

É possível notar na doutrina de Anton Menger¹⁶⁸ a defesa de uma participação mais intensa do órgão judicial e uma diminuição da importância das partes no processo quando ele discorre acerca do papel que deve ser desempenhado pelo juiz durante o procedimento. Segundo Menger, *extraprocessualmente*, o juiz deveria atuar como um educador, instruindo todo cidadão no que tange aos seus direitos, de modo a superar a inferioridade jurídica que pesava sobre as classes mais pobres. Já, *endoprocessualmente*, entende que seria papel do juiz, em oposição ao princípio dispositivo e à imparcialidade, estabelecer um equilíbrio entre as partes, assumindo a representação da parte mais pobre.

¹⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.

¹⁶⁶ Nesse sentido, Daniel Mitidiero identifica que o processualismo é consentâneo com um modelo hierárquico de processo, no qual há uma relação assimétrica entre o juiz e as partes, *in verbis*: “Não por acaso, na fase do processualismo, aparece o juiz como vértice de uma relação jurídica angular (ou triangular), alocado acima das partes. A assimetria jurisdicional revela-se patente”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 61).

¹⁶⁷ A importância dada por Dinamarco ao papel dos juízes para que se alcance uma decisão justa pode ser recolhida da seguinte passagem de sua obra: “Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com suas preferências. Repudia-se o *juiz-Pilatos*, que é o juiz indiferente, em cujo espírito reina a indesejável premissa do processo como instrumento técnico, sem compromissos com a justiça ou a injustiça dos julgamentos. O processo é acima de tudo um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 348).

¹⁶⁸ MENDER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898. p. 126.

Oskar von Büllow, por sua vez, sustenta que o juiz é o principal personagem do processo, como se infere de diversos textos de sua autoria. Inicialmente, é de relevo ressaltar que já em seu conceito de processo enquanto relação jurídica abstrata de direito público, desenvolvido na obra *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, ele confere especial importância ao juiz, uma vez que na relação jurídica processual “as partes são levadas em consideração unicamente no aspecto de seu vínculo e cooperação com a atividade judicial”.¹⁶⁹ No ponto, Dierle Nunes leciona que Büllow, portanto, estruturou a autonomia do Direito Processual mediante o delineamento da relação jurídica processual lastreada primordialmente na figura do juiz, porque as partes se apresentam enquanto meros colaboradores do juízo.¹⁷⁰

A defesa de um latente protagonismo do juiz também pode ser notada em diversas passagens da obra *Gesetz und Richteramt*, de Oskar von Büllow. A propósito, com apoio no trabalho de Dierle Nunes¹⁷¹, nota-se que para Büllow o direito é um fato da experiência, de modo que o juiz deveria atuar guiado por um sentimento jurídico que está pulsante no povo. Segundo as palavras do jurista alemão, “qualquer resultado ao qual ele chegue estará sendo autorizado antecipadamente pelo Estado como aquele justo, revestido da força da coisa julgada”. O poder do juiz alcançaria tamanha dimensão que a ele seria lícito decidir “até contradizendo significados normativos consolidados, até opondo-se ao querer e ao desejo do legislador”.¹⁷²

Segundo a linha de raciocínio de Büllow, o juiz poderia até mesmo sentenciar *contra legem*, pois “também a decisão contrária a norma posta é [...] juridicamente vinculante”, uma vez que “é uma norma emanada do Estado e por ele aprovada, provida do seu poder coercitivo”. E, por fim, Büllow arremata suas ideias no sentido de “que o Estado autoriza o juiz a realizar determinações jurídicas não contidas no direito posto pelo legislador, mas sim por ele buscada, em um certo sentido inventada, determinação que a lei não escolheu e muito menos desejou!”.¹⁷³

¹⁶⁹ BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Campinas: LZN, 2003. p. 5-6.

¹⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 100.

¹⁷¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 102.

¹⁷² BÜLOW, Oskar Von. *Gesetz und Richteramt. Juristische Zeitgeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10. p. 34-36.

¹⁷³ BÜLOW, Oskar Von. *Gesetz und Richteramt. Juristische Zeitgeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10. p. 37.

Franz Klein, de igual modo, conforme realça Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, defenderá atuação mais intensa do juiz durante o arco processual, ao contrário do que propugnam as bases ideológicas do processo adversarial. Alvaro de Oliveira destaca, ainda, que para Klein cabe ao juiz participar de forma mais intensa no processo e, principalmente, na investigação dos fatos, sendo-lhe confiada a direção material do processo (*richterliche Prozessleitung*), e não somente a formal (*formelle Prozessleitung*).¹⁷⁴

De seu turno, a compreensão de Giuseppe Chiovenda acerca da jurisdição e do processo é, de certo modo, também consentânea com um modelo inquisitivo de processo, pois compreende a sentença como um ato puramente intelectual no qual o juiz *atuará a vontade concreta da lei que já preexiste ao processo*. Nesse sentido, em seus dizeres, Chiovenda destaca que “em conformidade com o nosso direito, o juiz atua, em todos os casos, vontade de lei preexistente e, se faz obra de especialização da lei, é tão só no sentido que formula, caso por caso, a vontade de lei concretiza antes do processo”. Portanto, será papel do juiz, em uma atividade essencialmente isolada, retirar a disposição legal de seu patamar geral e abstrato e lhe conferir concretude na esfera privada dos cidadãos, o que será feito a partir de uma relação silogística entre os fatos e a lei, sem a participação ativa das partes durante o procedimento.¹⁷⁵

2.2.2 Relacionamento do instrumentalismo ao modelo inquisitivo

Também o instrumentalismo conferiu à figura do juiz o papel principal do processo. Dinamarco irá confiar aos julgadores especial destaque no processo, na medida em que, fundamentalmente, sua teoria busca realizar a justiça por meio do redirecionamento da jurisdição ao centro da teoria do processo. Isso implica, de certa forma, a compreensão de que a decisão é uma atividade eminentemente intelectual, a ser realizada pelo magistrado, e não construída partir do diálogo processual com as partes. Do mesmo modo, a flexibilização de formalismos que impeçam o processo atingir os seus escopos (social, político e jurídico) será obra do órgão jurisdicional. Logo, também na fase do instrumentalismo se verifica uma acentuação dos poderes do juiz em contraposição ao das partes.

Lenio Streck traça um paralelo entre o processualismo, o instrumentalismo e o modelo inquisitivo. De acordo com Streck, Cândido Rangel Dinamarco continua influenciado pelos

¹⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I. Disponível em: <<https://goo.gl/AFmkyY>>. Acesso em 12 jan. 2018.

¹⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 42.

ideais de Menger, Klein e Büllow quanto ao papel do juiz enquanto intérprete dos valores e sociais, sendo o seu papel corrigir eventuais imprecisões legais, do mesmo modo como sustentava Büllow. Nesse sentido, Streck destaca a seguinte passagem da obra de Dinamarco: “o juiz é o legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais”. Prosseguindo, Streck refere a outro excerto de Dinamarco: “[...] entra aqui, outra vez, o que tem sido dito sobre a participação do juiz na revelação do direito do caso concreto. Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo”.¹⁷⁶

Na mesma linha de raciocínio, Dierle Nunes enxerga que a proposta instrumentalista de Cândido Rangel Dinamarco, que, em certo sentido, busca o aprimoramento jurídico mediante a escolha de juízes, pelo ativismo judicial e pela aplicação solitária do direito com sensibilidade, encontra parte de suas raízes nos pensamentos desenvolvidos pela doutrina de Menger e Büllow e na legislação de Klein.¹⁷⁷

Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira identificam que o direcionamento da jurisdição como elemento central da Teoria do Processo conduz a um modelo estatalista de processo, no qual os poderes dos juízes são aumentados e as partes tem a sua participação reduzida. Para Abboud e Tomaz de Oliveira, conceber a jurisdição enquanto elemento central provocam as seguintes consequências: (i) o aumento demasiado dos poderes do juízo; (ii) separa radicalmente o Estado do indivíduo e reitera uma relação de sujeição entre este e aquele; (iii) há riscos democráticos na configuração do processo nos postulados da instrumentalidade, posto que se trata de teoria próxima às teorias positivistas mais puras nas quais os cidadãos em vez de titulares de direitos, são somente sujeitos a deveres impostos pelo Estado.¹⁷⁸

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 43.

¹⁷⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 103.

¹⁷⁸ ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*. vol. 166. dez/2008. Revista dos Tribunais Online. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade de democracia. *Revista de Processo*. vol. 242. abr. 2015. p. 10.

2.3 O FORMALISMO VALORATIVO COMO NOVA FASE METODOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO.

Além das três fases metodológicas do processo civil reconhecidas pela doutrina, alguns processualistas contemporâneos compreendem que o processo civil brasileiro caminhou um pouco mais, de modo a atingir sua quarta fase metodológica, o formalismo-valorativo.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰

Inicialmente, cumpre registrar que tanto o formalismo-valorativo quanto o instrumentalismo são propostas teóricas que exsurtem no contexto da superação do formalismo característico da fase autonomista do direito processual, de modo que seus adeptos estão acordo quanto ao fato de que o processo deve ser instrumento para a realização da justiça. No entanto, essas correntes teóricas partem de compreensões distintas quanto aos ajustes que devem ser feitos na Teoria Geral do Processo para que nele se alcance a justiça, conforme se verificará nas linhas que seguem.¹⁸¹

Como já exposto em tópicos anteriores, o instrumentalismo tem como premissa a noção de que para compatibilizar os escopos do processo (jurídico, social e político) e, por via de consequência, realizar a justiça, cumpre aos juízes *conformar o processo às exigências do direito material disposto nos textos legais, com vistas à sua efetiva realização*. É por essa razão que o instrumentalismo conceberá a jurisdição como polo metodológico da Teoria Geral

¹⁷⁹ Entre os que consideram que o processo civil se encontra em sua quarta fase metodológica, cf. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 46; MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48; ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 42. Em sentido contrário, Dinamarco e Lopes descrevem apenas as três tradicionais fases metodológicas do processo civil (praxismo, processualismo e instrumentalismo), o que leva a crer que ainda consideram estar o direito processual civil brasileiro mergulhado na fase instrumentalista. (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 264). No mesmo sentido, Rafael Auilo, em obra recente, destaca que salvo as exceções das escolas gaúcha e mineira, a doutrina costuma dividir a história do processo civil em três fases metodológicas.” (AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo cpc*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 25).

¹⁸⁰ Afirmar que o processo civil brasileiro se encontra na fase do formalismo-valorativo não implica em negar os avanços alcançados pela fase do processualismo e do instrumentalismo. Muito pelo contrário, tais fases se encontram incorporadas também ao formalismo-valorativo, que, no entanto, vai além dessas duas concepções e, segundo nossa visão, apresenta uma base teórica mais adequada para o atual momento histórico e normativo do direito brasileiro.

¹⁸¹ MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 24.

do Processo, uma vez que, em certo sentido, a justiça do processo tem relação íntima com a atuação do magistrado.¹⁸²

Diferentemente do instrumentalismo, o formalismo-valorativo rejeita a ideia de que seria possível alcançar a justiça no processo a partir da colocação da categoria *jurisdição* no centro da teoria do processo, pois entende que essa proposta dificulta o controle da atividade judicial, uma vez que concebe e avaliza um processo fundado em uma relação assimétrica entre juiz e as partes.¹⁸³ Soma-se a isso, a ideia de que para o formalismo-valorativo o processo é ambiente de criação do direito (reconstrução), de modo que essa doutrina é refratária à posição instrumentalista segundo a qual existiria um direito material preexistente nos textos legais e, assim, seria possível que o juiz, pelo método da subsunção, chegasse a uma decisão justa. O direito seria sempre algo criado (reconstruído) a partir do processo judicial, com a participação conjunta das partes e do juiz (*judicium est actus trium personarum: judicis, actoris et rei*).¹⁸⁴

Nesse contexto, Hermes Zaneti Jr., importante teórico do formalismo-valorativo, destaca que “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado”. No ponto, Zaneti Jr. explicita que “entre processo e direito material ocorre uma relação circular, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”, e por isso, conclui que “o processo constrói uma verdade interna razoável e argumentativa, um ‘direito material novo’”.¹⁸⁵

Cumprе ressaltar, ainda, que, sob o ângulo da doutrina do formalismo-valorativo, o *processo* não é compreendido somente em sua dimensão técnica, mas também como um procedimento destinado à delimitação “dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas que sejam atingidas suas finalidades primordiais”.¹⁸⁶ Desse modo, o

¹⁸² MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 27.

¹⁸³ MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 56.

¹⁸⁴ MADUREIRA, Cláudio. Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 37-50.

¹⁸⁵ ZANETI JR., Hermes. A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005. p. 191.

¹⁸⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismovalorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em 15. mar. 2018.

processo será um procedimento conformado a partir de um formalismo preenchido por valores constitucionais, que foram introduzidos no texto da Constituição a partir dos princípios jurídicos, que tem como objetivo alcançar uma decisão substancialmente justa.¹⁸⁷ Nesse contexto, Hermes Zaneti Jr. adverte que o “o processo civil não é fim em si mesmo”, justamente porque, para o processo, a “forma serve como garantia e não amarra da justiça”.

Nessa perspectiva, assente a posição de que o direito é reconstruído no ambiente processual a partir de um formalismo preenchido por princípios constitucionais, que busca coordenar os poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais com vistas à obtenção de uma decisão substancialmente justa, sobressai a ideia de que, para o formalismo-valorativo, a decisão judicial é construída a partir do debate, do diálogo entre o juiz e as partes, de modo que não deve ser privilegiada nem a atividade das partes (como no modelo adversarial) nem a atividade do órgão julgador (como no modelo inquisitivo), todos aqueles que participam do processo contribuem para a construção da decisão judicial de mérito justa e efetiva. Há, portanto, íntima relação entre o formalismo-valorativo e o modelo cooperativo.¹⁸⁸ A esse respeito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que é essencial a recuperação do diálogo judicial na formação do juízo, que deve ser frutificado pela cooperação das partes para com o órgão judicial, assim como deste para com as partes, de acordo com as regras formais do processo. Seguindo o seu raciocínio, Alvaro de Oliveira pontua que “o colóquio [...] deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa”.¹⁸⁹

Da compreensão que a decisão judicial é fruto do debate, do constante diálogo entre o juiz e as partes, exsurge, por consequência, a importância central do princípio do contraditório para o formalismo-valorativo, uma vez que será a partir desse princípio que se verificará se o juiz de fato dialogou com as partes, se ele levou as razões das partes em consideração. No ponto, Alvaro de Oliveira aponta que é “inegável a importância do contraditório para o processo, princípio essencial que se encontra na mesma base do diálogo judicial e da

¹⁸⁷ MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*. Vol. 272/2017. Revista dos Tribunais Online. p. 4.

¹⁸⁸ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. pontua que “o formalismo valorativo [...] pauta-se no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação [...]”. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 47.

¹⁸⁹ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005. p. 271.

cooperação”, de modo que, sob essa perspectiva, “a sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”. Na mesma linha de raciocínio, Hermes Zaneti Jr. classifica o contraditório como o “valor-fonte” do processo judicial, a partir da seguinte argumentação: se o processo é espécie e o procedimento é gênero; se o processo é a espécie de procedimento adjetivado do contraditório; e se os meios do Direito são os meios da dialética em contraditório e da racionalidade prática procedimental, por consequência, não há dúvida de que o contraditório é o “valor-fonte” do processo judicial.¹⁹⁰

Diante dessas considerações, nota-se que a posição teórica sob a qual se funda o formalismo-valorativo conduz a um modelo cooperativo de processo e, em essência, ela foi positivada pelo Código de Processo Civil de 2015. Em primeiro lugar, registra-se que o art. 1º do diploma processual prevê que: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Portanto, o legislador do CPC-2015 optou por expressar, textualmente, que o processo civil deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais da Constituição, de modo que o aludido dispositivo reflète a posição do formalismo-valorativo quanto à necessidade de que o *formalismo* do processo seja organizado e aplicado de acordo com as normas constitucionais.

Do mesmo modo, a noção de que o processo é um ambiente de criação (reconstrução) do Direito foi contemplada pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente em razão da opção político-legislativa em adotar a aplicação da teoria dos precedentes no Direito brasileiro.¹⁹¹ Assim, conforme lecionam Cláudio Madureira e Hermes Zaneti Jr., a “realização do Direito não mais observa a fórmula geral segundo a qual compete aos juízes aplicar no processo um direito material preexistente, pressupondo, em rigor, a adoção da metódica tópico-problemática”. Logo, “não apenas a lei, mas também a dogmática e os precedentes compõem os catálogos tópicos empregados pelos intérpretes/aplicadores para a construção das normas concretas que solucionarão o litígio”. Disso resulta, ainda com base na doutrina de Madureira e Zaneti Jr., que a opção em colocar a *jurisdição* ao centro do processo não se compatibiliza com essa nova forma de realizar o direito, e reforça o acerto da proposta do

¹⁹⁰ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005. p. 271.

¹⁹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 2. p. 348.

formalismo-valorativo em colocar o *processo* como polo metodológico da teoria do processo.¹⁹²

Também é possível verificar que o Código de Processo Civil de 2015 conformou o processo brasileiro em torno de um ambiente dialógico, conferindo especial destaque para o princípio do contraditório, assim como preconizado pelo formalismo-valorativo. Por muito tempo, o contraditório foi visto somente a partir do binômio informação-reação, isto é, a parte tem direito de ser informado acerca dos atos realizados pelo seu contendor e também a oportunidade de reagir. Na prática forense o contraditório se concretizava da seguinte maneira, apresentada uma petição por uma das partes, não sendo caso de pronto indeferimento por parte do juiz, a outra parte seria intimada para conhecer o teor da manifestação, bem como apresentar as suas razões.

É certo que essa espécie de contraditório é de suma importância para o devido processo legal, uma vez concede à parte o direito de expor as razões pelas quais a sua tese deve prevalecer, assim como impede que o juiz decida somente a partir dos fatos e fundamentos jurídicos trazidos por um dos litigantes. Entretanto, a realidade do foro acabou por demonstrar que, muitas vezes, o magistrado, apesar de respeitar o direito das partes se manifestar a respeito de tudo o que a outra discute no processo, no momento de decidir a causa não levava em conta o que foi discutido durante o processo e sua decisão não contemplava nem os fundamentos jurídicos expostos pelo autor nem pelo réu.

A partir dessa constatação de ordem prática, a doutrina passa a desenvolver o conceito de contraditório como dever de debate ou dever de influência.¹⁹³ Segundo essa nova categoria de contraditório, além das partes, o juiz também está submetido ao contraditório, de modo que as partes têm o direito de ver as suas razões discutidas na decisão. Nos dizeres de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isso é: direito de influência”.¹⁹⁴ A positivação do contraditório substancial se encontra no art. 10 do CPC-2015, segundo o qual “o juiz não pode decidir, em algum grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre

¹⁹² MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*. Vol. 272/2017. Revista dos Tribunais Online. p. 4.

¹⁹³ Por todos, cf. CABRAL, Antonio do Passo. O Contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n. 126, 2005.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 504.

a qual deva decidir de ofício”, bem como no art. 9º¹⁹⁵ e no parágrafo único¹⁹⁶ do art. 493, ambos do CPC-2015.

Destarte, não há mais espaço no processo civil brasileiro para decisões que se utilizem de fundamentos que não foram discutidos pelas partes, mesmo que se trate de matéria sobre a qual o juiz possa decidir de ofício. Com efeito, o novo estatuto processual enxerga o processo como uma comunidade de trabalho (*arbeitsgemeinschaft*, *comunione del lavoro*), na qual o juiz, as partes e os auxiliares da justiça participam em conjunto para a solução do conflito, o que possui íntima relação com a posição teórica formulada pelo formalismo-valorativo quanto ao processo ser um ambiente de criação (reconstrução) do direito e, portanto, ser necessária a cooperação entre todos os sujeitos processuais para a construção da decisão judicial.

Registra-se que o contraditório substancial é ínsito a um Estado Democrático Constitucional, que tem como de suas características a participação dos cidadãos nas decisões tomadas pelos poderes constituídos, seja indiretamente, quando delega o poder a determinadas autoridades ou diretamente, quando o próprio povo decide o que considera melhor para si mesmo (plebiscito, referendo, iniciativa popular).¹⁹⁷ Dentro desse contexto, uma vez que o processo judicial ao final também resultará em uma decisão do poder público (sentença judicial), deve ser garantida a participação das partes na formação da decisão.

Também necessário destacar que o Código de Processo Civil de 2015 não coloca a jurisdição como elemento central da teoria do processo, já que, como exposto anteriormente, estrutura um modelo de processo no qual a decisão é um trabalho conjunto de todos os participantes no processo (art. 6º, CPC-2015¹⁹⁸); impõe que todos os sujeitos processuais se comportem de acordo com a boa-fé objetiva (art. 5º¹⁹⁹, CPC-2015); positiva o princípio do contraditório em sua dimensão substancial, de modo que a confecção da decisão não é mais considerada ato mecânico que pode ser realizada pelo juiz através do mero enquadramento dos fatos ao texto legal (*caput* do art. 9º²⁰⁰ e art. 10²⁰¹, CPC-2015); estabelece parâmetros para

¹⁹⁵ CPC-2015: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

¹⁹⁶ CPC-2015: “Art. 493 [...] Parágrafo Único. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

¹⁹⁷ A respeito da democracia participativa, cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁹⁸ CPC-2015. “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

¹⁹⁹ CPC-2015. “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

²⁰⁰ CPC-2015: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

a fundamentação da decisão judicial, que se não observados resultarão na nulidade da sentença (art. 489, §1º²⁰², CPC-2015). Ressalta-se que a maior exigência da fundamentação judicial é uma manifestação do legislador quanto ao caráter problemático do direito contemporâneo, de modo que não basta a narrativa fática e o texto legal para que se fundamente uma decisão judicial, o que comprova a impossibilidade de se colocar a jurisdição no centro da Teoria do Processo.

Diante disso, a estruturação de um processo enquanto uma comunidade de trabalho, no qual a decisão judicial é construída de forma argumentativa, a exigência de que todos os sujeitos processuais atuem no processo de acordo com a boa-fé objetiva, a imposição de que o juiz se submeta ao contraditório e seja participante ativo do diálogo processual, a exigência de uma fundamentação reforçada das decisões judiciais, leva à conclusão de que o formalismo-valorativo tem no modelo cooperativo a sua forma de organização processual, que, de acordo com a pesquisa, encontra-se plasmado no Código de Processo Civil de 2015. Ressalta-se que essa mudança de cenário quanto ao ambiente processual tem estreita relação com a virada pela qual passou a Teoria do Direito e da Teoria do Direito Constitucional ocorrida no Pós-Segunda Guerra Mundial, que, sob essa perspectiva, impede que se analise o processo a partir do viés instrumentalista e, mais uma vez, confirma o acerto da posição da doutrina do formalismo-valorativo.

²⁰¹ CPC-2015. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

²⁰² CPC-2015. “Art. 489 [...] §1º § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. [...]”.

CAPÍTULO 3. A MUDANÇA DA METODOLOGIA JURÍDICA A PARTIR DO PÓS SEGUNDA GUERRA MUNDIAL: O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O processo civil brasileiro está inserido nas grandes mudanças pelas quais a Teoria do Direito vem passando desde o Pós Segunda Guerra Mundial. A mais importante delas, sem dúvida alguma, refere-se ao fenômeno da constitucionalização do direito. As violações dos direitos humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial levaram a doutrina a repensar o papel do Direito enquanto pauta normativa das condutas sociais. Os juristas passam a questionar a dogmática jurídica tradicional, fundada no positivismo jurídico, uma vez que essa permitiu a construção de ordenamentos jurídicos desconectados de conceitos éticos, apesar de válidos do ponto de vista formal, como, por exemplo, as leis nazistas produzidas pelo Terceiro Reich. Para o positivismo jurídico bastaria que a norma jurídica fosse produzida segundo o procedimento definido pela lei para que ela se tornasse válida, algo que em um ordenamento jurídico sem fundamentos normativos axiológicos permitia a produção de normas jurídicas de qualquer conteúdo valorativo.²⁰³

Assim, diante da incapacidade da ordem jurídica de então combater as violações de direitos humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, as Constituições do Pós-1945 passam a positivar “valores” em seus textos, por meio de princípios jurídicos, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de modo a impedir que se repetissem a produção de legislações que ferissem a dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, fossem

²⁰³ Nesse sentido, Eduardo Bittar e Guilherme Almeida dissertando acerca do positivismo jurídico kelseniano destacam: “Se a norma jurídica encontra posição nuclear em seu sistema teórico, o conceito-chave, e de maior importância de sua teoria é o conceito de validade. Essa consiste na existência da norma jurídica, ou seja, em sua entrada regular dentro de um sistema jurídico, observando-se a forma, o rito, o momento, o modo e a hierarquia, a estrutura, a lógica de produção normativa prevista em dado ordenamento jurídico. Ser válida não significa o mesmo que ser verdadeira ou falsa, mas estar de acordo com procedimentos formais de criação normativa previstos por determinado ordenamento jurídico. A validade não submete a norma ao juízo do certo ou errado, mas ao juízo jurídico, propriamente dito, ou seja, ao juízo da existência ou não (pertinência a um sistema formal) para determinado ordenamento jurídico” (BITTAR, Carlos Eduardo Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 357.). Hermes Zaneti Jr., com esboço na doutrina de Luigi Ferrajoli, identifica esse momento histórico como o modelo legalista (paleojuspositivista), que se encontra ancorado no monopólio da atividade normativa pelo Estado, surgido a partir da formação do Estado Moderno e consolidado nas grandes codificações, que tem como norma de reconhecimento o princípio da legalidade. Zaneti Jr. destaca que o modelo legislativo não resolveu as questões insurgentes do conflito entre direito e moral e teve que se ser revisto após as experiências trágicas do nazismo e do fascismo e demais formas de totalitarismos. Nesse contexto, ressalta que no modelo paleojuspositivista o direito identificado unicamente com sua fonte de produção permitiu a usurpação dessas fontes em favor de fins não jurídicos. O Estado deixou de ser um instrumento para efetivação dos direitos fundamentais e transformou-se em um fim em si mesmo (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 90-91).

consideradas juridicamente regulares. Esse movimento passa a ser intitulado de pós-positivismo jurídico e é sintetizado por Luís Roberto Barroso da seguinte maneira:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.²⁰⁴

Constata-se, portanto, que o pós-positivismo jurídico apostará na inserção de princípios no texto constitucional, com especial destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de impedir que em momentos críticos da vida política de cada país seja possível emergir figuras autoritárias que imponham legislações que firam a dignidade que se acredita ser devida a todo o ser humano.²⁰⁵

O pós-positivismo jurídico será o principal marco filosófico da corrente teórica denominada neoconstitucionalismo.²⁰⁶ A partir de suas bases a disciplina do direito constitucional será revisitada e provocará uma mudança teórica em toda a metodologia jurídica, espalhando os seus efeitos para as disciplinas infraconstitucionais, inclusive para o processo civil. Segundo Luís Roberto Barroso,²⁰⁷ o direito constitucional sofrerá três grandes transformações: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição; (ii) a expansão da

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 192.

²⁰⁵ A propósito, a respeito da relação entre o direito e moral, Hermes Zaneti Jr. leciona: “Somente é possível falar em positivismo jurídico, a partir da separação entre direito e moral. É incorreto, contudo, pensar que o positivismo jurídico se limita apenas ao direito positivo e ao modelo paleojuspositivista legalista. Como veremos, o positivismo ou (pós)positivismo constitucional é compatível com a separação entre direito e moral, ao mesmo tempo que reconhece o papel dos valores constitucionais positivados para a reconstrução do ordenamento judicial. O essencial é que o positivismo jurídico permite reconhecer a artificialidade do direito e, portanto, a responsabilidade de todos aqueles que colaboram para a construção desse sistema artificial.” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 118.

²⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 192.

²⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 193.

jurisdição constitucional; (iii) e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional²⁰⁸.

Antes de prosseguir com o tema, destaca-se que o termo neoconstitucionalismo é bastante polêmico. Foi criado por autores da Escola de Gênova (Itália), no contexto em que realizavam uma crítica a essa corrente teórica. A doutrina²⁰⁹ costuma afirmar que o termo foi utilizado pela primeira vez por Susanna Pozzolo durante o XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, na cidade de Buenos Aires (Argentina), para fazer referência a um “*grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho*”, em particular “Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino”.²¹⁰

Ricardo Marcondes Martins aponta que a crítica à terminologia se funda, especialmente, em duas questões: (i) o termo seria inapropriado por evocar teorias diferentes e, portanto, não suscetíveis de serem inseridas numa classe comum. Desse modo, a sua denotação seria incompatível com a sua conotação; (ii) seria inadequada a utilização do prefixo grego *neo*, já que como o constitucionalismo passará por outras evoluções, a nomenclatura entraria em conflito com futuras fases do constitucionalismo. No mesmo sentido, também destacando a multiplicidade de teorias que se enquadram na teoria constitucional ora em debate, Humberto Ávila²¹¹ destaca que não há apenas um conceito de “neoconstitucionalismo” e ressalta que a diversidade de autores, concepções, elementos e

²⁰⁸ Humberto Ávila, por sua vez, com base na doutrina de Miguel Carbonell, Luis Sanchís Pietro, Luigi Ferrajoli e Eduardo Ribeiro Moreira, identifica as seguintes mudanças propostas pelo “neoconstitucionalismo”: “princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário, em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da constituição em vez da lei). (ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan., fev. e mar./2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em 29. jan. 2018).

²⁰⁹ Nesse sentido, cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acesso em 03. ago. 2017;

²⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 44.

²¹⁰ POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa, vol. 21, n° II, p. 339.

²¹¹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan., fev. e mar./2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em 29. jan. 2018).

perspectivas é tanta que se costuma utilizar a expressão no plural “neoconstitucionalismo(s)”.²¹²

Além disso, considera-se também inadequada o modo como a relação entre o direito e a moral é tratada pelos neoconstitucionalistas, que segundo Hermes Zaneti Jr., com apoio na doutrina de Luigi Ferrajoli, compreendem o direito e a moral segundo a tese da relação necessária, o que é impreciso, uma vez que o Estado Democrático Constitucional continua sendo fundado no Direito, não sendo possível submetê-lo a concepções morais de direito e de justiça.²¹³

A tese da relação necessária se mostra equivocada por três razões: primeiramente, porque potencialmente elimina o caráter positivo do direito e, por consequência, artificial do direito. Em segundo lugar, porque confunde os juízos de morais e, consequentemente, os juízos de valor. Por fim, em terceiro lugar, porque impede a crítica externa do ordenamento jurídico pela filosofia da justiça e degenera o controle interno do ordenamento em um controle simplesmente axiológico, opinativo, o que é contrário à natureza normativa dos valores que são positivados nas constituições do Pós-Segunda Guerra Mundial.²¹⁴

Por essas razões, é preferível referir-se a atual quadra da história a partir da nomenclatura (pós)positivismo constitucional, que se compatibiliza com a separação entre direito e moral, preservando o caráter normativo do direito, no entanto também reconhece os “valores” (normas jurídicas) constitucionais que foram positivados pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr destaca que “é incorreto tratar os princípios e as regras constitucionais como valores”, uma vez que “princípios e regras constitucionais são normas”, a sua aplicação não decorre do seu conteúdo moral, mas em razão de terem sido vazadas em linguagem normativa do direito pelo legislador.²¹⁵

3.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

²¹² ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17, jan., fev. e mar./2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em 29. jan. 2018).

²¹³ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 117.

²¹⁴ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 117

²¹⁵ ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 126.

Conforme destaca Daniel Sarmento, a noção de que a Constituição é uma norma jurídica cujos comandos podem ser tutelados judicialmente caso desrespeitados parece ser um truísmo na atualidade. Entretanto, durante muito tempo, imperou a ideia de que a Constituição se reduzia a um documento político, que apenas serviria para balizar o modo de atuação dos poderes constituídos (Executivo e Legislativo). Portanto, os direitos encartados no Texto Constitucional não estariam acessíveis aos juízes, muito menos aos cidadãos.²¹⁶

Esse quadro foi alterado após a Segunda Guerra, quando a maioria das Constituições europeias passa a adotar o modelo americano de Supremacia da Constituição, criando instrumentos de controle de constitucionalidade.²¹⁷ Desse modo, a Constituição adquire força normativa e os seus comandos passam a ter força de norma jurídica, podendo servir como fundamento para demandas judiciais.

A obra “A força normativa da Constituição”, de Konrad Hesse,²¹⁸ será crucial para a consolidação da ideia de que as normas inseridas na Carta Política não se tratam de sugestões ao legislador, ou de que possuem unicamente caráter moral. Hesse irá se contrapor à clássica tese de Ferdinand Lassale, segundo a qual a Constituição só teria efetividade enquanto representasse os fatores reais de poder de uma determinada sociedade. Para Lassale, a *Constituição escrita* que não corresponder à *Constituição real*, isto é, aos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, não passará de uma folha de papel, uma vez que sucumbirá perante aos poderes que comandam uma sociedade²¹⁹.

Em contraposição à posição de Lassale, Hesse sustenta o seu ponto de vista argumentando que o fato de a Constituição não representar a facticidade existente em uma sociedade não retira o seu caráter normativo, uma vez que o conflito entre o ser e o dever-ser sempre existirá no Direito. Destaca que, conquanto seja natural que as normas jurídicas nem sempre representem o que ocorre de fato numa sociedade, isso não é suficiente para retirar a normatividade da linguagem jurídica, que, por excelência, está no plano do dever-ser. Hesse considera que negar normatividade às normas constitucionais somente se justificaria caso a ideia de Constituição se resumisse à reunião de forças fáticas apreendidas em determinado

²¹⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <<https://goo.gl/ZWfLR7>>. Acesso em 04. ago. 2017.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 195.

²¹⁸ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

²¹⁹ LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Coleção clássicos do direito. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. p. 17.

momento, o que não considera ser o caso. Para Hesse, os preceitos constitucionais se destinam a imprimir ordem e conformar a realidade política e social (pretensão de eficácia).²²⁰

Assim, de acordo com a doutrina de Hesse, haverá uma relação de coordenação entre a realidade fática e a Constituição, de modo que não é possível afirmar a dependência absoluta de uma coisa em relação à outra. Comentando acerca da tensão entre a realidade e a Constituição na doutrina de Konrad Hesse, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento apontam que a Constituição não irá dirigir verticalmente a vida social, mas sim interagir com ela em uma relação de influências recíprocas. Portanto, por um lado “a realidade influencia o significado das normas constitucionais, que não podem ser interpretadas com abstração do quadro empírico sobre o qual incidem”, mas, por outro, “a norma constitucional não é apenas um reflexo da realidade, tendo algum poder de condicioná-la”.²²¹

O debate quanto à força normativa da Constituição aparecerá em terras brasileiras na década de 80.²²² Sarmiento pondera que apesar de o Brasil possuir um regime de controle de constitucionalidade desde a proclamação da República, a cultura jurídica brasileira até então nunca tinha encarado as disposições constituições como verdadeiras normas jurídicas. Em suas palavras, “até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei”.²²³ Será a Constituição de 1988, com a consagração de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, 6º e 7º), com a positivação de que tais normas têm aplicação imediata (art. 5º, §1º²²⁴) e por meio do fortalecimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade que irá consagrar de vez a normatividade das normas constitucionais.

3.2 A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Após a experiência da Segunda Guerra Mundial, a maioria dos países europeus abandonam o modelo de supremacia do Legislativo e adotam a fórmula americana da

²²⁰ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 14-15.

²²¹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 193.

²²² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 194.

²²³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <<https://goo.gl/ZWfLR7>>. Acesso em 04. ago. 2017.

²²⁴ CRFB-88. “Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

supremacia da Constituição. Isso se materializará a partir da constitucionalização dos direitos fundamentais, da criação de cortes constitucionais e da implementação de variados mecanismos de controle de constitucionalidade.^{225 226}

O novo modelo de jurisdição constitucional concebido terá como principal característica a noção de que restrições aos direitos fundamentais somente se justificam caso guardem compatibilidade formal e material com a Constituição. Do ponto de vista formal, considera-se que as normas constitucionais ocupam o topo na pirâmide normativa, uma vez que foram proclamadas por meio de Assembleia Constituinte, constituindo-se como um ato de autovinculação fundamental-democrática. Pela perspectiva material, as normas constitucionais não se limitam somente a organização dos poderes do Estado e de suas competências, mas também funda uma ordem de princípios e valores.²²⁷

Esse modelo de jurisdição constitucional também será incorporado ao direito brasileiro, através da positivação de uma ampla carta de direitos e garantias fundamentais pela Constituição de 1988 e por meio da criação de um robusto modelo de controle de constitucionalidade. Destaca-se que o regime brasileiro de constitucionalidade será aperfeiçoado gradativamente ao longo do tempo, com emendas constitucionais e novas legislações a respeito do tema, bem como através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3.3. A NOVA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 195.

²²⁶ Conforme informa Barroso, a criação de tribunais constitucionais inicia-se na Alemanha (1951) e na Itália (1956) e ao longo do tempo começa a se espalhar por todo mundo, Chipre (1960) Turquia (1961) Grécia (1975), na Espanha (1978) Portugal (1982). E também na Bélgica (1984) Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992), Eslovênia (1993), Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 195).

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 202.

Em valorosa síntese de ideias, Luís Roberto Barroso²²⁸ destaca que a força normativa da Constituição criou a necessidade de uma nova forma de interpretação jurídica em razão das especificidades das normas constitucionais.

A interpretação jurídica tradicional é fundada no método subsuntivo e nos métodos hermenêuticos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico). No entanto, as normas constitucionais, muitas vezes, não possuem a estrutura clássica da norma jurídica com um antecedente e um conseqüente. Em tais situações como essas o método subsuntivo não terá muita serventia para o aplicador do Direito. É comum a existência de normas constitucionais com “conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente”²²⁹, o que impôs a criação de novos métodos de interpretação jurídica. A partir do momento em que a teoria do Direito conferiu *status* de norma jurídica aos princípios, constatou-se que a dogmática tradicional não seria capaz de resolver alguns problemas interpretativos. A colisão entre princípios, por exemplo, não se resolve a partir dos métodos de interpretação clássica. O mesmo ocorre com a concretização pelo julgador de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados.

Portanto, as mudanças promovidas pelo direito constitucional demonstraram que a interpretação tradicional não mais poderia dar conta das novas categorias de normas jurídicas (princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados) surgidas nas constituições do Pós Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, Barroso²³⁰ explicita que se verificou que no “plano da norma a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente”. Já no que se refere a atuação do juiz, nota-se que “já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BAROSSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 196.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BAROSSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 198.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BAROSSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 198.

valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.

3.4 OS IMPACTOS DA NOVA METODOLOGIA JURÍDICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.

Essa renovada conformação das normas constitucionais, que passam a ser o polo interpretativo e axiológico por meio do qual deve ser entendido todo o ordenamento jurídico, produzirá efeitos em todas as demais áreas do direito, como o direito civil, penal, administrativo, tributário, econômico, assim como sobre o direito processual. Nesse sentido, Marcelo Abelha Rodrigues²³¹ leciona que “as novas premissas estabelecidas [...] (reconhecimento da força normativa da constituição, espraçamento da jurisdição constitucional e novas formas de interpretação constitucional) também refletiram no direito processual civil, de forma que esta ciência deve ser estruturada e operada sob o prisma constitucional [...]”. Na mesma linha de raciocínio, Carlos Henrique Soares e Ronaldo Brêtas²³² destacam que é “praticamente impossível, no estágio atual do desenvolvimento jurídico em que nos encontramos, discutir o direito constitucional sem dizer sobre processo e também não é possível estudar o processo sem que seja no âmbito do direito constitucional”, de modo que se “tornou impossível dialogar sobre uma sem a correlação com a outra”.

Atento a isso, Fredie Didier Jr. observa que os principais reflexos do (pós)positivismo constitucional no processo civil brasileiro são: (i) a constitucionalização do processo, (ii) a compreensão dos princípios processuais enquanto normas jurídicas, (iii) a nova feição da atividade jurisdicional e (iv) a ideia de processo enquanto instrumento para a tutela dos direitos fundamentais.²³³

O primeiro impacto do (pós)positivismo constitucional no processo civil é a denominada constitucionalização do direito processual. Segundo Didier Jr., esse fenômeno pode ser analisado por dois prismas: primeiro, a incorporação dos textos constitucionais de normas de conteúdo processual, o que ocorreu praticamente em todas as constituições do Pós Segunda Guerra Mundial; segundo, a partir da compreensão de que as normas processuais

²³¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil: premissas e institutos fundamentais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

²³² SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 36.

²³³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 47-61.

infraconstitucionais representam a concretização de disposições constitucionais, de modo que todas as normas processuais devem ser interpretadas e aplicadas segundo a pauta normativa e axiológica prevista pela Constituição.²³⁴

No particular, é relevante observar que, no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, a Comissão de Juristas já explicitava na Exposição de Motivos como o primeiro dos cinco objetivos que orientaram o trabalho da comissão “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”.²³⁵ Fiel à premissa exposta no Anteprojeto, o texto do Código de Processo Civil de 2015 positiva a constitucionalização do direito processual ao prever, em seu art. 1º, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Portanto, a constitucionalização do direito processual materializa-se no direito brasileiro a partir do Código de Processo Civil de 2015.

No entanto, não se deve olvidar a advertência de Hermes Zaneti Jr. quanto à diferenciação entre valores e normas. Normas têm caráter deontológico, ao passo que os valores possuem caráter axiológico. Desse modo, somente as normas tem significado para o mundo jurídico, os valores só o terão a partir do momento em que forem incorporados seletivamente pelo ordenamento jurídico.²³⁶ É por essa razão que Carneiro da Cunha conclui, com acerto, que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República, uma vez que essas normas já incorporam os valores que são caros ao sistema brasileiro. O processo civil e as decisões judiciais não podem se basear em valores, mas sim em normas.²³⁷

Quanto aos princípios processuais, é certo que eles passam a ter papel central para o estudo do direito processual civil a partir da consagração de sua normatividade jurídica. Conforme a doutrina de Humberto Ávila, os princípios são normas jurídicas que estabelecem um fim a ser atingido, prescrevem um estado ideal de coisas que só será realizado se determinado comportamento for adotado.²³⁸ Desse modo, todo o processo civil passa a ser

²³⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 48.

²³⁵ BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do novo código de processo civil. Brasília: Senado Federal, 2010.

²³⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 116-123

²³⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro. Art. 1º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28.

²³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 96.

estudado pela lente dos princípios processuais, uma vez que nenhuma norma processual poderá ser interpretada de forma a negar a efetivação do estado de coisas pretendida por um princípio.

Dentro desse contexto, o princípio do devido processo legal será norma jurídica de acentuada importância no momento de interpretação e aplicação do direito processual. O devido processo legal irá pairar como um sobreprincípio²³⁹, do qual irão decorrer todos os demais princípios do direito processual.

O fundamento do devido processo legal no direito brasileiro se encontra no art. 5º. LIV, da Constituição, que estabelece que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Destarte, institui-se no direito brasileiro o direito fundamental ao processo justo.²⁴⁰ Marinoni e Mitidiero ressaltam que “o direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional”. Trata-se de um modelo mínimo que conformará todas as normas processuais, que irá impor deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva. Portanto, caberá ao legislador infraconstitucional densificar o direito ao processo justo.²⁴¹

No tocante à nova feição da atividade jurisdicional, as mudanças já mencionadas na teoria do direito deixam patente que o raciocínio subsuntivo não será suficiente para resolver todos os casos concretos. Dessa maneira, admite-se que a atividade judicial não é somente uma atividade intelectual do julgador, que seria capaz de encontrar todas as respostas a partir dos enquadramentos dos fatos às correspondentes normas jurídicas, mas também uma atividade criativa. É por essa razão que Fredie Didier Jr., ao construir o seu conceito de jurisdição, faz questão de afirmar que a jurisdição reconstrói o direito de modo criativo, por suas próprias palavras: “a jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo (reconstrutivo), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”.²⁴²

²³⁹ Conforme explicita Fredie Didier Jr., denominar um princípio como sobre ou sub é apenas uma técnica para demonstrar em que posição o princípio está em relação a outros princípios. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 51).

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 737.

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 738.

²⁴² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 155.

Como leciona Fredie Didier Jr.²⁴³, a decisão judicial não pode ser feita somente a partir da aplicação da norma geral ao caso concreto. Na construção da decisão judicial, o juiz deverá adequar as particularidades do caso concreto e, encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução conforme às disposições e normas constitucionais, especialmente com os direitos fundamentais.²⁴⁴ Além disso, ainda com escólio na doutrina de Didier Jr.²⁴⁵, também é possível justificar a criatividade judicial a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Uma vez que ao juiz não é permitido deixar de julgar qualquer caso que é submetido à sua apreciação²⁴⁶, ele deverá encontrar uma resposta para o caso concreto mesmo se não houver fundamento legal dentro do ordenamento jurídico para tanto, o que, inegavelmente, confere uma natural dose de criatividade à atividade judicial.

Dentro desse contexto, é importante a estruturação de um modelo de precedentes que permita concretizar normas jurídicas com conteúdo abstrato, como os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. No ponto, destaca-se que a adoção da teoria dos precedentes não conduz ao abandono da interpretação do texto legal. A lei sempre será o primeiro instrumento a ser analisado pelo juiz em função da sua grande carga de legitimidade democrática. Aos juízes e tribunais não é lícito afastar a aplicação da lei “em razão de sua opinião subjetiva sobre o qual seria o melhor direito”²⁴⁷. O que faz a teoria dos precedentes é acrescentar, dentre as normas que devem ser observadas pelos juízes, além daquelas expressas na legislação, as que são “criadas” pelos tribunais por meio dos precedentes. Assim, estará o juiz ainda mais vinculado ao Direito e o jurisdicionado ainda menos sujeito ao arbítrio, já que ao realizar o julgamento dos casos que lhes são apresentados os julgadores não poderão iniciar a sua interpretação como fossem os primeiros membros do Poder Judiciário a se depararem com aqueles fatos e com a incidência da norma jurídica aplicada. Eles deverão levar em conta a forma como as normas legais vêm sendo densificadas pelos tribunais

²⁴³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 160.

²⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 160.

²⁴⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 161.

²⁴⁶ CPC-2015: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

²⁴⁷ ZANETI JR., Hermes. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1318.

superiores, de modo que seja garantida uma uniformidade do entendimento do Poder Judiciário sobre a questão.²⁴⁸

Por fim, merece destaque a percepção promovida a partir da constitucionalização do direito processual no sentido de que o processo é um instrumento para a tutela dos direitos fundamentais. Conforme Marinoni, Arenhart e Mitidiero²⁴⁹, a doutrina de Chiovenda, ainda influenciada pelas ideias liberais do século XIX, assim como pela fase do processualismo, encarava o processo enquanto um “complexo de atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei”. Atualmente, a partir da positivação dos direitos fundamentais e da expansão mecanismos de controle de constitucionalidade, o processo não pode mais ser visto como um simples espaço para atuação da lei. Exige-se do juiz que no momento de decidir essa “atuação” da lei seja consentânea com os direitos fundamentais e, cumprindo-lhe, ainda, caso se mostre necessário conformar as leis às normas constitucionais ou mesmo reconhecer a sua inconstitucionalidade.²⁵⁰

O fato é que, pelas razões dantes expostas, o Estado Democrático Constitucional tem como um de seus deveres a tutela dos direitos fundamentais, o que impõe que o processo se estruture de acordo com os direitos fundamentais, bem como que se promova os direitos fundamentais a partir do processo. Nesse sentido, Fredie Didier Jr.²⁵¹ assevera que o processo deve estar adequado à tutela dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva), bem como ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva). É nesse contexto que se insere o modelo cooperativo de processo, pois se trata do modelo que poderá absorver toda essa viragem ocorrida na teoria do Direito após a Segunda Guerra Mundial, apresentando-se como o modelo adequado para a tutela dos direitos de forma adequada, tempestiva, efetiva, previsível e compatível com os direitos fundamentais.

²⁴⁸ Nesse sentido, importante registrar a lição de Hermes Zaneti Jr: “O modelo de precedentes não é uma forma de liberar o juiz da lei, mas um método de vincular a discricionariedade do juiz na interpretação da lei, controlando a sua autoridade de forma democrática, tendo como parâmetro a universalização da decisão para os casos futuros (formação do precedente) e o já decidido nos casos anteriores (aplicação dos precedentes)” (ZANETI JR., Hermes. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1318).

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 162.

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 162.

²⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 56.

CAPÍTULO 4. AS BASES DO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO CONCEBIDO PELO CPC-2015.

No Estado Democrático Constitucional o processo não pode mais ser visto como uma “guerra”, uma “batalha particular” que deve ser travada entre as partes com reduzida participação do órgão julgador, como nos moldes do modelo adversarial. Do mesmo modo, não se admite que as partes sejam meros instrumentos para a busca da “verdade real” pelo juiz, como nas formas mais extremadas do modelo inquisitivo. Na atual quadra da história, a finalidade precípua do processo é a tutela dos direitos, de forma adequada, tempestiva, efetiva, previsível e constitucionalmente compatível aos direitos fundamentais.²⁵²

Nem o modelo adversarial, nem o modelo inquisitivo se mostraram adequados para atingir esses objetivos. Daí porque se concebeu um novo modelo de organização dos sujeitos processuais: o modelo cooperativo. Loïc Cadet leciona que o modelo cooperativo de processo é uma terceira espécie de modelo processual, que “*transciende las concepciones acusatoria e inquisitoria del procedimiento, tanto en common law como en derecho romano germánico*”.²⁵³ Em sintonia com esse entendimento, Dierle Nunes ressalta que o modelo cooperativo se distancia da concepção liberal do processo, que projeta a figura de um juiz passivo e partes como atores principais, assim como do modelo inquisitivo, cuja condução do processo possui viés autoritário. Nele há a condução cooperativa, no qual todos os sujeitos processuais fazem parte de uma mesma comunidade de trabalho, sem destaques especiais para cada um deles.²⁵⁴

A opção do legislador brasileiro pelo modelo cooperativo de processo encontra sua maior expressão no art. 6º do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Outros preceitos do Código de 2015 também circunscrevem o processo brasileiro ao modelo cooperativo, entre eles: a constitucionalização do processo (art.

²⁵² ZANETI JR, Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 105.

²⁵³ CADIET, Loïc. “Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y dela justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 18. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true>. Acesso em 10 jan. 2018.

²⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 256.

1º, CPC-2015²⁵⁵), a exigência de que todos aqueles que, de qualquer forma, participem do processo comportem-se de acordo com a boa-fé (art. 6º, CPC-2015²⁵⁶), a proibição de que os juízes decidam contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º, *caput*, CPC-2015²⁵⁷), a imposição de que o juiz não decida, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (art. 10º²⁵⁸ e art. 493, parágrafo único²⁵⁹, CPC-2015), a necessidade de que as decisões judiciais sejam analítica e hermenêuticamente fundamentadas²⁶⁰ (art. 11²⁶¹ e 489, §1º²⁶², CPC-2015).

Registra-se que esse modelo de processo não é uma inovação do legislador brasileiro. Ele vem sendo desenvolvido e aplicado na Europa, especialmente no direito português e no direito alemão. Em Portugal, o art. 7º, 1, do Código de Processo Civil²⁶³, prevê que “na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”. Sobre o modelo cooperativo instaurado pelo processo civil português, Marina França Gouveia sustenta que numa sociedade democrática não é possível admitir uma justiça autoritária, em que o interesse das partes é subjugado pelo interesse do Estado pela verdade, mas, do mesmo modo, não se admite também uma justiça autista, no qual o Estado-

²⁵⁵ CPC-2015. “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

²⁵⁶ CPC-2015. “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

²⁵⁷ CPC-2015. “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. [...]”

²⁵⁸ CPC-2015. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

²⁵⁹ CPC-2015: “Art. 493 [...] Parágrafo Único. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

²⁶⁰ Sobre o tema, cf. ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica. *Revista de Processo*. Ano 41. vol. 259. setembro/2016. p. 21-54.

²⁶¹ CPC-2015. “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

²⁶² CPC-2015. “Art. 489 [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

²⁶³ Código de Processo Civil: legislação complementar e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2016.

Juiz se abstrai em absoluto da realidade, como se vivesse em uma ilha sem contato com a realidade social.²⁶⁴

Na Alemanha, por sua vez, o modelo cooperativo é extraído, especialmente, do §139 da Código de Processo Civil, que, conforme leciona Lorena Miranda Santos Barreiros, compreende regras de cooperação que incitam o julgador a adotar uma postura mais ativa com relação ao contraditório e à condução do processo.²⁶⁵ Acerca do modelo alemão, Reinhard Greger destaca que o modelo cooperativo está largamente desenvolvido no Código de Processo Civil e aponta que, quanto ao papel do juiz, é possível destacar (i) os deveres de indicação (*Hinwesplichten*), previsto no §§ 139 e 278 III do ZPO, (ii) a possibilidade do juiz ordenar o comparecimento pessoal das partes, conforme o § 141 I 1 da ZPO, (iii) a possibilidade do juiz ordenar a apresentação de documentos, desde que as partes a eles tenham se referido (§ 142 da ZPO), (iv) a possibilidade do juiz determinar de ofício uma inspeção (*Augenschein*) ou um exame (*Begutachtung*), de acordo com o § 144 da ZPO; entre outras previsões legais. Quanto ao dever de cooperação das partes, Greger ressalta que, apesar de ser identificável com menos clareza, é possível verifica-lo no dever geral de colaboração (*allgemeine Prozessförderungspflicht*), previsto no § 282 I da ZPO, do qual pode resultar o comparecimento forçado das partes no procedimento oral, inclusive mediante multa coercitiva.²⁶⁶

A busca por um novo modelo de organização dos sujeitos processuais se deve a uma série de mudanças ocorridas no direito e no direito processual, entre as quais se destacam (i) a afirmação do processo enquanto instrumento de direito público voltado para a atuação de direitos fundamentais, o que impede que se desenhe um modelo no qual o juiz feche os olhos para a realidade fática dos litígios (discrepância econômica entre as partes, dificuldade de obtenção de prova por um dos demandantes, etc)²⁶⁷; (ii) a necessidade de se conferir maior

²⁶⁴ GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*. Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007. p. 48-50.

²⁶⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 209.

²⁶⁶ GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.). *Normas Fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 304.

²⁶⁷ Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr. leciona que: “Os valores que devem informar atualmente o processo são os dos direitos fundamentais, dos quais ele mesmo serve como exemplo, ressaltando, ainda, a dignidade da pessoa humana, garantida frente ao arbítrio do Estado, quando esse atua, sobre o manto protetor do discurso judicial e da perspectiva de processo público, em interesse alheio à prática democrática exigida pelo moderno processo dialético. O processo é público também porque garante o devido processo legal aos cidadãos (interesse público primário) e não só porque atua a “vontade de Estado” por meio de normas cogentes.” (ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005. p. 114).

participação dos cidadãos na formação dos atos de poder do Estado, no caso, a decisão judicial, uma vez que em um Estado Democrático Constitucional a participação do povo é elemento central para a construção de uma democracia plena²⁶⁸; e (iii) a compreensão de que o direito contemporâneo é flexível²⁶⁹ e, por isso, não comporta aplicação mecânica baseada tão somente na subsunção entre a norma jurídica e os fatos, o que impõe que a construção da decisão judicial seja concebida argumentativamente, a partir da constituição de uma comunidade de trabalho, na qual as razões das partes sejam devidamente enfrentadas, em substituição à uma noção de autossuficiência do órgão judicial para decidir o caso concreto.²⁷⁰

Esses elementos são de especial importância para o desenho do modelo cooperativo no Brasil, vez que a Constituição brasileira, entre outras coisas, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República (art. 1º, III²⁷¹), prevê como objetivos fundamentais do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I²⁷²) e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III²⁷³), e positiva a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV²⁷⁴), que abarca a preocupação com a realização de justiça substancial do processo.²⁷⁵ Além disso, o parágrafo único do seu art. 1º,²⁷⁶ prescreve que todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes.

Está claro, então, que o modelo cooperativo brasileiro não resulta de mero desejo doutrinário, mas de escolhas feitas pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional (Código de Processo Civil de 2015), ao mesmo tempo em que se apresenta como modelo de processo consentâneo com o Estado Democrático Constitucional. Logo, a compreensão

²⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

²⁶⁹ Nesse sentido, cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

²⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 85-90.

²⁷¹ CRFB-88. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

²⁷² CRFB-88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

²⁷³ CRFB-88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

²⁷⁴ CRFB-88. “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

²⁷⁵ Nesse sentido, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 736-744

²⁷⁶ CRFB-88. “Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

adequada do modelo cooperativo do processo pátrio não pode passar ao largo da compreensão de que ele encontra seu fundamento de validade na Constituição da República.

Nesse sentido, discorrendo sobre a relação entre a Constituição e o Código de Processo Civil de 2015, Hermes Zaneti Jr. observa que o art. 1º²⁷⁷ da lei processual constitucionalizou o direito processual, o que impõe à Constituição a tarefa de conferir unidade ao Código e demais diplomas processuais. Por outro lado, Zaneti Jr. também leciona que as normas processuais fundamentais previstas entre os artigos 1 a 12 do Código Processo Civil complementarão as previsões constitucionais, formando um verdadeiro bloco de constitucionalidade que conduz a um modelo cooperativo de processo, o que revela a íntima relação entre o modelo cooperativo de processo e o conteúdo das normas constitucionais.²⁷⁸

4.1 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO MODELO COOPERATIVO

Afirmou-se que o modelo de processo cooperativo inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 fundamenta-se no próprio modelo de Estado desenhado pela Constituição de 1988. No ponto, Daniel Mitidiero assevera que a Constituição brasileira tem como referencial uma sociedade cooperativa e conforma o Estado como um Estado Constitucional²⁷⁹, cujas duas grandes virtudes são: (i) a submissão ao Direito e (ii) a participação social na sua gestão.²⁸⁰ Mitidiero ressalta, ainda, que essa conformação funda o Estado na “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III²⁸¹, CRFB-88), objetivando “construir uma sociedade, livre, justa e solidária” (art. 3º, I²⁸², CRFB-88), o que denota que a sociedade contemporânea é em si um empreendimento cooperativo com vistas a alcançar um objetivo

²⁷⁷ CRFB-88. “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

²⁷⁸ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 123.

²⁷⁹ Como já exposto anteriormente, preferimos a terminologia adotada por Hermes Zaneti Jr. para o Estado contemporâneo, qual seja, “Estado Constitucional Democrático”. A esse respeito, cf. ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 24.

²⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

²⁸¹ CRFB-88. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

²⁸² CRFB-88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

comum.²⁸³ Está claro, então, que a submissão do Estado Brasileiro ao Direito inclui o respeito aos fundamentos e objetivos fundamentais constitucionalmente previstos, assim como a noção de que a participação social dos cidadãos na gestão da coisa pública envolve a ampliação dos canais de comunicação entre os cidadãos e os poderes constituídos, de modo que suas razões possam influenciar as decisões estatais. Assim, nas linhas que se seguem procurar-se-á identificar os fundamentos constitucionais do modelo cooperativo de processo no conceito de democracia deliberativa/discursiva, que perpassa o conceito de democracia-participativa normatizada pela Constituição (art. 14²⁸⁴, CRFB-88), bem como nos fundamentos (art. 1º, III²⁸⁵, CRFB-88) e objetivos fundamentais (art. 3º, I²⁸⁶ e III²⁸⁷, CRFB-88) da República Federativa do Brasil.

4.1.1 A relação entre a democracia deliberativa/discursiva e o modelo cooperativo de processo

O parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira prevê que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. Por sua vez, o art. 23, 1, *a*, do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, prevê que “todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos”.²⁸⁸ Portanto, de início, nota-se que a democracia brasileira garante que os cidadãos não somente elejam os seus representantes, mas também que eles mesmos exerçam parcela dos poderes estatais diretamente, o que denota que a democracia brasileira não é só representativa, mas também participativa.

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que o postulado liberal-democrático fundado na ideia de que a democracia emana do povo e em seu nome deve ser exercido foi

²⁸³ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

²⁸⁴ CRFB-88. “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. [...]”.

²⁸⁵ CRFB-88. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

²⁸⁶ CRFB-88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

²⁸⁷ CRFB-88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

²⁸⁸ Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 13. jan. 2018.

robustecido na Constituição de 1988 a partir da ampliação dos espaços da democracia participativa ao prever, em seu art. 14, mecanismos que permitem que os cidadãos possam fazer valer a sua vontade sem a intermediação de representantes eleitos, decidindo aquilo que consideram melhor para as suas vidas a partir do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular.²⁸⁹

Em outras partes da Constituição também se encontram disposições que garantem a participação dos cidadãos na coisa pública (*res publica*), como, por exemplo, (i) a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10²⁹⁰); (ii) a possibilidade de exame e apreciação das contas dos Municípios, sendo possível questionar sua legitimidade, nos termos do art. 31, §3º²⁹¹; (iii) a possibilidade de participação do usuário na administração pública direta e indireta (art. 37, §3º)²⁹²; (iv) a permissão para que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denuncie irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (art. 74, §2º)²⁹³; (v) a garantia de participação dos cidadãos na gestão da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII)²⁹⁴; (vi) a gestão democrática do ensino público, na forma da lei (art. 206, VI)²⁹⁵; (vii) a proteção do patrimônio cultural se dará com a colaboração da comunidade (art. 216, §1º²⁹⁶).²⁹⁷

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 269.

²⁹⁰ CRFB-88. “Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.

²⁹¹ CRFB-88. “Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. [...] § 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”.

²⁹² CRFB-88. “[...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta [...]”.

²⁹³ CRFB-88. “Art. 74. [...] § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

²⁹⁴ CRFB-88. “Art. 194; [...]. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: [...] VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”.

²⁹⁵ CRFB-88. “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei”.

²⁹⁶ CRFB-88. “Art. 216. [...] § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei”.

²⁹⁷ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(8\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(8)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 12. jan. 2018.

Essas considerações põem em evidência que a Constituição brasileira positiva um conceito de democracia que supera o conceito de democracia representativa. Em verdade, conforme leciona Paulo Bonavides, a democracia em si, ou, como ele prefere, “o substantivo da democracia”, é a participação; “quem diz democracia, diz, do mesmo passo, máxima presença do povo no governo, porque sem participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade [...]”.²⁹⁸ O que não difere da concepção de democracia de Abraham Lincoln, que, no célebre Discurso de Gettysburg,²⁹⁹ proferido em 19 de novembro de 1863, a definiu como o governo do povo, para o povo e pelo povo (*of the people, by the people, for the people*).³⁰⁰

Destarte, para que a democracia brasileira seja executada de forma plena, é necessário que participação dos cidadãos nos assuntos públicos envolva os três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, e também as demais instituições públicas, sobretudo porque o parágrafo único do art. 1º da Constituição preceitua que *todo o poder emana do povo e por ele será exercido*. Por consequência, também o Poder Judiciário deverá contar com a participação dos cidadãos ao exercer suas atividades. O Judiciário, essencialmente, tem por função decidir as lides que são trazidas pelas partes e, portanto, a sua democratização envolve, necessariamente, a ativa participação dos cidadãos durante o processo judicial.

Essa faceta da democratização do Poder Judiciário é observada com atenção pelos processualistas brasileiros. Hermes Zaneti Jr. ressalta que no atual estágio da teoria jurídica não é mais possível admitir que a democracia seja reduzida à participação do povo por meio da representação pelo voto. A democratização da sociedade deve ir além e incluir também o Poder Judiciário, que como todo poder também emana do povo e, em verdade, caracteriza-se como um dever-poder, uma vez que se vincula à provocação das partes (inércia) e ao controle da motivação das decisões judiciais.³⁰¹ Também nesse sentido, Carlos Alberto Alvaro de

²⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma nova legitimidade. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2003. p. 283.

²⁹⁹ Disponível em: <<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>>. Acesso em 12. jan. 2018.

³⁰⁰ A propósito, Ovidio A. Baptista da Silva leciona que: “As concepções de regime democrático, como forma de autogoverno (como se diz, “do povo para o povo”), têm evidenciado uma tendência para conceituar democracia não como a entendiam a Revolução Francesa e as concepções liberais dos séculos XVIII e XIX, ou seja, como democracia representativa, em que o povo apenas se limita a eleger os seus governantes, mas como governo participativo, e não simplesmente representativo.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araujo. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 15).

³⁰¹ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005. p. 99-100.

Oliveira ressalta que a “participação no processo para a formação da decisão judicial constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto, é ela mesma o exercício de um direito fundamental”. Por consequência, Alvaro de Oliveira infere que a participação possui uma dimensão substancial, e não meramente formal, o que permite extrair do próprio direito fundamental de participação o princípio da cooperação, na medida em que tanto as partes quanto o órgão julgador, assim como todos os que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes, testemunhas), devem, desde a sua instauração até o último ato, agir e interagir de acordo com a boa-fé e a lealdade.³⁰²

No entanto, é necessário pontuar que não só o valor “participação” deve ser incluído no conceito de democratização do Poder Judiciário, sem deixar de reconhecer a sua estimada relevância. O que se dá é que o Código de Processo Civil de 2015 estrutura um modelo de processo cooperativo (compatível com o Estado Democrático Constitucional, que legitima a sua atuação por intermédio do discurso), intrinsicamente vinculado ao conceito de democracia deliberativa-discursiva proposto Jürgen Habermas,³⁰³ que ultrapassa a ideia de que se deve garantir a participação dos cidadãos nos procedimentos estatais decisórios, agregando a noção de que devem ser construídos canais de comunicação nos quais as posições manifestadas pelas partes sejam devidamente levadas em consideração pelo órgão julgador.

Em brevíssima síntese, a democracia-deliberativa de Habermas se baseia na ideia de que a razão da comunicação entre os cidadãos seja permeada por uma discussão interna que envolva “considerações pragmáticas, compromissos, discurso de autoentendimento e discursos de justiça”³⁰⁴ que visam alcançar resultados racionais e equitativos. Para tanto, Habermas assimila no conceito de democracia-deliberativa tanto elementos da perspectiva liberal quanto da republicana, ao centrar suas preocupações no discurso e na necessidade de institucionalização da comunicação e deliberação das opiniões públicas, concebendo um modelo de democracia procedimental no qual a racionalidade política se dá pela argumentação racional entre os cidadãos. As referidas trocas discursivas se dariam na esfera

³⁰² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível: <<https://goo.gl/B6z1Td>>. Acesso em 12 jan. 2018.

³⁰³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. *Lua nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea. n. 36. p. 35-54, 1995.

³⁰⁴ QUINTÃO, Thales Torres. Democracia participativa e deliberativa: congruências ou modelos em disputa. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Vol. 16. n. 26. ago/dez 2014. p. 68.

pública e esse debate visaria a produção de consensos, parciais ou não, que deveriam ser alcançados a partir da “força do melhor argumento”.³⁰⁵

Nessa linha de raciocínio, Antonio do Passo Cabral sustenta que em um ambiente democrático, os cidadãos não são apenas destinatários das normas jurídicas, mas também seus autores, e as decisões estatais somente podem ser impostas se estiverem legitimadas através de instâncias discursivas participativas. No ponto, Cabral destaca que “as regras do discurso devem possibilitar a higidez do debate, assegurando a racionalidade e controlabilidade (*testability*) da decisão final”.³⁰⁶

Acerca dessa acepção de democracia, André Ramos Tavares acentua que “uma das obras contemporâneas que mais influenciou o debate sobre o assunto, considerada como referencial obrigatório, é a de Amy Gutmann e Dennis Thompson”³⁰⁷, para quem “a democracia deliberativa afirma a necessidade de justificar decisões tomadas por cidadãos e seus representantes”, num contexto em que se espera “que ambos justifiquem as leis que eles imporiam um ao outro”.³⁰⁸ É nesse sentido, que Habermas defenderá que, a partir da perspectiva da democracia-deliberativa, o cidadão é retirado da condição de súdito (aquele que se submete a um poder) e passa para o status de ativo coautor da elaboração da norma, transformando-se verdadeiramente em cidadão e partícipe da construção das decisões estatais.³⁰⁹

Nesse contexto, a democracia deliberativa-discursiva tem como premissa a ideia de que as decisões estatais que foram efetivamente influenciadas pelos cidadãos durante a sua formação têm maiores chances de serem aceitas como razoáveis, uma vez que, em parte, a escolha feita pelo poder público é também obra dos próprios cidadãos. Nessa perspectiva, Gutmann e Thompson discorrem que uma das vantagens apontadas pelos teóricos da democracia deliberativa estaria numa espécie de capacidade pacificadora deste modelo, na medida em que as escolhas mais difíceis seriam mais aceitáveis por todos caso as afirmações

³⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. II. Rio de Janeiro: 1997. p. 19.

³⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 108.

³⁰⁷ TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos e aplicações. *Revista Brasileira de Estudos constitucionais*, v. 1, 2007. p. 82-83.

³⁰⁸ GUTMAN, Amy e THOMPSON, Dennis. *O que significa democracia deliberativa*. Tradução de Bruno Oliveira Maciel. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 19.

³⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1. p. 160.

e as reivindicações de cada um tivessem sido avaliadas adequadamente para se chegar àquela solução.³¹⁰

Levando isso em consideração, nota-se que o conceito de democracia deliberativa-discursiva possui estreita relação com o modelo cooperativo delineado pelo Código de Processo Civil de 2015, que ordenou um processo enquanto uma comunidade de trabalho, no qual todos os participantes devem cooperar para que se alcance uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º). A concepção de um processo enquanto comunidade de trabalho determina que a decisão judicial deve ser fruto dos debates travados entre todos os participantes, e não uma imposição do órgão julgador, que poderia chegar à conclusão do caso concreto de forma solipsista. Desse modo, a formação da decisão judicial deve contar com a participação das partes em um ambiente dialógico e cooperativo, o que tem a potencialidade de induzir maior aderência à decisão judicial pelos litigantes.

Acerca da relação entre a democracia deliberativa-discursiva e a cooperação processual, Hermes Zaneti Jr. aponta que para ultrapassar a barreira da conhecida contraposição entre direito-liberal/processo-social, que, ao fim, é a contraposição entre o indivíduo e a sociedade, é necessária a adoção de um modelo normativo de democracia baseado na institucionalização de procedimentos democráticos, que deve ser feito a partir de condições de comunicação lastreadas na pretensão de correção. Sintetizando seu pensamento, Zaneti Jr. defende que é preciso garantir que a formação das decisões judiciais seja identificada como uma solução possível de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade pelos participantes do discurso, que possam compreendê-la como justa, sendo este o modelo normativo implementado pela máxima da cooperação (*KoperationsMaxima*), que importa necessariamente na visão cooperativa de processo.³¹¹

Além disso, a positivação do contraditório em sua dimensão substancial (art. 9º e 10, CPC-2015) é de fundamental importância para a democratização do Poder Judiciário e possui inescapável relação com o conceito de democracia já exposto. O art. 9º estabelece que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, e o art. 10, por sua vez, prevê que o juiz não pode decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar,

³¹⁰ GUTMAN, Amy e THOMPSON, Dennis. *O que significa democracia deliberativa*. Tradução de Bruno Oliveira Maciel. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 10.

³¹¹ ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005. p. 100.

ainda que se trata de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. A partir da observação dos artigos mencionados, nota-se que essa nova noção do contraditório visa permitir que as decisões judiciais sejam reflexo dos debates produzidos entre as partes e o juiz, e não como uma solução imposta. Assim, pela perspectiva do contraditório substancial, as partes influenciam na construção da decisão judicial, vez que os fundamentos vazados em suas manifestações processuais deverão ser enfrentados pelo juiz no momento de decidir. No ponto, Antonio do Passo Cabral ressalta que “o contraditório moderno representa o direito de influir”, isto é, a faculdade do cidadão interferir nos procedimentos e condicionar eficazmente a atuação dos demais sujeitos do processo.³¹²

Daí porque a definição do conceito de contraditório não mais se consubstancia no binômio informação-reação, cujo significado diz respeito ao direito de ser cientificado e da possibilidade de reagir ao ato processual praticado por qualquer sujeito processual, mas sim no direito das partes influírem decisivamente nos destinos do processo. Surge, portanto, para além dos direitos de ser ouvido e de se manifestar, o direito de ter as suas manifestações consideradas pela autoridade judicial quando da prolação da decisão.³¹³

Essa compreensão do contraditório implica, por consequência, em uma renovada feição da decisão judicial, que para ser considerada fundamentada (requisito de validade) deve enfrentar “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 489, §1º, IV, CPC-2015). Evita-se, com isso, um monólogo do julgador consigo mesmo, determinando-se uma ampliação do quadro de análise a partir da construção dialética de ideias que as partes submetem à apreciação judicial. Nesse contexto, Arruda Alvim pontua que Código de 2015 “adota expressamente um conceito de contraditório como garantia de influência, de que forma que é direito das partes ver suas razões levadas em consideração no momento da decisão”.³¹⁴

Assim, recobra-se que o conceito de democracia deliberativa-discursiva quando aplicado ao ambiente processual envolve necessariamente um modelo de processo cooperativo, no qual a organização do formalismo processual é feito com vistas a permitir que todos os participantes da comunidade processual cooperem de forma efetiva para a construção da decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º, CPC-2015); no qual o juiz é obrigado a dialogar

³¹² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 108.

³¹³ MEDINA, José Miguel García. *Novo código comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 60.

³¹⁴ ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 68

com as partes e enfrentar todas questões por elas levantadas, sendo vedado que decida com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, mesmo que se trate de decisão que possa ser proferida de ofício (art. 9º e 10, CPC-2015); em que todos os sujeitos processuais devem pautar as suas condutas a partir de padrões objetivos de boa-fé (art. 5º, CPC-2015); a partir da exigência de que as decisões judiciais sejam fundamentadas com maior rigor e guardem coerência, de forma a demonstrar que a decisão judicial exarada é o “melhor argumento” para a lide e, portanto, possivelmente desencorajar a interposição de recursos (art. 489, §1º³¹⁵ e arts. 926, *caput*³¹⁶, e 927³¹⁷, CPC-2015).

4.1.2 Os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e o modelo cooperativo processual

A Constituição brasileira dispõe que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I³¹⁸) e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III³¹⁹) são objetivos fundamentais do Estado brasileiro. Também estabelece que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III³²⁰). Vê-se, pois, que o constituinte fez escolhas valorativas e as positivou, isto é, recortou da realidade os valores e os transformou em norma jurídica. Não cabe mais ao intérprete/aplicador do Direito questionar

³¹⁵ CPC-2015. “Art. 489 [...] §1º § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

³¹⁶ CPC-2015 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente [...]”.

³¹⁷ CPC-2015. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

³¹⁸ CRFB-88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

³¹⁹ CRFB-88. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”.

³²⁰ CRFB-88. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;”.

as escolhas feitas pelo legislador, que já estão incorporadas ao direito positivo e irradiam seus efeitos para todo o ordenamento jurídico. Por esse ângulo, Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes³²¹ destacam, em comentários ao art. 3º do Texto Maior, que “a ideologia constitucional não é neutra, é política, e vincula o intérprete”, pelo que “os objetivos constitucionais fundamentais, como o art. 3º da Constituição de 1988, são a expressão das opções ideológicas essenciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado”. E arrematam que a realização de tais escolhas “é obrigatória para os órgãos e agentes estatais e para a sociedade”.

Por certo, o ideal de solidariedade imposto pela Constituição no artigo 3º, inciso I, não se trata de uma imposição para que os cidadãos passem a ser pessoas virtuosas em sua dimensão interna, manifestando sinceramente generosidade e altruísmo pois assim determina a norma jurídica. No ponto, Daniel Sarmento leciona que conquanto o direito não seja capaz de adentrar no psiquismo das pessoas e fazer com que elas ajam a partir de determinada virtude ética, é possível *condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas*.³²² É nesse sentido que o princípio da solidariedade insculpido na Constituição servirá como alicerce constitucional para o desenho do modelo cooperativo de processo, que tem como um de seus fundamentos o princípio da boa-fé objetiva, previsto no art. 5º do Código de Processo Civil. No ponto, Lorena Barreiros destaca que “a exigência de atuações leais dos particulares, em conformidade com a boa-fé objetiva, pode ser extraída do princípio da solidariedade”, de modo que a solidariedade confere fundamento à adoção do modelo processual cooperativo, “uma vez que o princípio da cooperação realiza, no processo, o objetivo delineado em sentido mais amplo da solidariedade: a transformação da sociedade em um espaço dialético e colaborativo, em lugar de um campo de lutas egoísticas”.³²³

Conforme alerta Hermes Zaneti Jr.³²⁴, “o processo não é um espaço livre de moralidade (*moral free* ou *moralinfrei*) como queria a doutrina do século XIX e XX e o CPC/73”. Posto isso, é natural que o legislador imponha comandos normativos para que se impeça que a busca do interesse individual prejudique a comunidade de trabalho. Aqui deve-

³²¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 149.

³²² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 297.

³²³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 239.

³²⁴ ZANETI JR, Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 131.

se ter em mente que, em nenhum momento, o modelo cooperativo de processo e a incidência do princípio da boa-fé objetiva ao ambiente processual desconsidera que as partes irão tentar a todo o custo vencer a sua demanda, utilizando-se de todos os meios não cooperativos possíveis e, eventualmente, até mesmo meios ilícitos.

Todavia, é papel do Direito conformar o comportamento das pessoas pela via da edição de normas jurídicas. Ora, ninguém consideraria estranha a exigência de que as partes apresentem apenas provas autênticas no ambiente processual e que seja vedada a litigância a partir de documentos falsos. Impor esse comportamento às partes não seria considerado uma visão utópica a respeito do processo e difícil de ser realizada na prática, uma vez que quem descumprir essa condição poderá ser penalizado pelo crime de Uso de Documento Falso, nos termos do art. 304 do Código Penal.³²⁵

Ocorre que, no Estado Democrático Constitucional, além de se exigir que as partes litiguem observando as normas tradicionais de direito material e processual, também é dever de todos os sujeitos processuais apresentarem comportamentos cooperativos durante o arco procedimental. E isso porque o legislador fez uma opção política a que todos estão vinculados, quando entendeu que essa é a melhor abordagem para se alcançar uma decisão de mérito justa e efetiva. A função de decidir continua a ser privativa do juiz e o papel das partes permanece ser apresentar os argumentos e provas que consideram mais relevantes para vencer a causa. No entanto, isso não significa que durante a formação da decisão não deva existir cooperação e diálogo entre os sujeitos processuais. Assim, o modelo cooperativo estrutura um novo modelo de organização processual e terá como o seu principal fundamento o princípio da cooperação, que irá impor deveres processuais aos sujeitos do processo, constringendo-os normativamente a contribuir com a comunidade processual de trabalho.

Desse modo, verifica-se que no modelo processual cooperativo as partes não dispõem de ampla liberdade, como acontece no modelo adversarial, já que seus comportamentos devem ser condicionados para o alcance de um objetivo comum (a tutela dos direitos de forma justa, efetiva, tempestiva e compatível aos direitos fundamentais). Por outro lado, o modelo inquisitivo, embora conceba o processo como uma instituição social, restringe excessivamente a liberdade individual, de modo que as partes não possuem o espaço de influência e participação necessária. Assim, somente o modelo processual cooperativo será capaz de

³²⁵ A esse respeito, confira condenação criminal pelo crime de Uso de Documento falso que sequer foi analisado pelo juiz de primeira instância. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005482-91.2011.4.03.6120/SP. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Desembargador Relator: José Lunardelli. Publicado em 22/09/2014).

dividir as tarefas dos sujeitos processuais de maneira equilibrada, permitindo que a liberdade individual e a solidariedade social sejam respeitadas no ambiente processual.³²⁶

Além disso, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB-88), fundamento da República Federativa do Brasil, e a exigência de redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, CRFB-88), objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, impedem que o processo judicial seja visto como “coisa das partes”, como nos moldes do modelo adversarial, de modo que é possível que o juiz equilibre determinadas situações processuais, como, por exemplo, solicitando que as partes esclareçam (*dever de esclarecimento*) os seus pronunciamentos em caso de dúvida ou obscuridade, assistindo as partes quanto à superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais (*dever de auxílio*), conforme prevê o art. 319, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe: “caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias à sua obtenção”.

4.2 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO ENQUANTO FUNDAMENTO DO MODELO COOPERATIVO E SUA EFICÁCIA JURÍDICO-NORMATIVA

O princípio da cooperação é um princípio jurídico³²⁷, porque impõe um “estado de coisas” que deve ser promovido. No ponto, Humberto Ávila leciona que diferentemente das regras, que são *normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e obrigações mediante a descrição da conduta a ser adotada, *os princípios são normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Num esforço de síntese, Ávila conceitua princípios como normas jurídicas que “estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido (*state of affairs*, *Idealzustand*), em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas”.³²⁸

³²⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 241.

³²⁷ Nesse sentido, cf. MITIDIERO, Daniel. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 100-106.

³²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 95.

Exemplificando, Ávila observa que o princípio do Estado de Direito estabelece um estado de coisas, como a existência de responsabilidade (do Estado), de previsibilidade (da legislação), de equilíbrio (entre interesses públicos e privados), e de proteção (dos direitos individuais). Para a realização desse estado de coisas é indispensável a adoção de determinadas condutas, como a criação de ações destinadas a responsabilizar o Estado, a publicação com antecedência das legislações, o respeito à autonomia privada e o tratamento isonômico. Disso resulta que os princípios, quando estabelecem fins a serem atingidos exigem a promoção de um estado de coisas (bens jurídicos) que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização.³²⁹

Do mesmo modo, o princípio da cooperação impõe um estado de coisas, do qual decorrem as exigências de que o ambiente processual se forme em torno de uma comunidade de trabalho, de que o processo seja marcado pelo diálogo entre todos os sujeitos processuais, de que as partes possam influenciar a decisão judicial, assim como de que o juiz possa se esclarecer junto aos litigantes, de que as partes atuem no processo com boa-fé, etc. Para promover esse estado de coisas serão imputados deveres aos sujeitos do processo, que tornarão ilícitas as condutas contrárias ao estado de coisas que o princípio em comento visa promover.

Essas considerações são compatíveis com a doutrina de Fredie Didier Jr., para quem o “princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro”, conforme Didier Jr., trata-se, de uma norma jurídica que tem aplicabilidade imediata e atua imputando diretamente deveres aos sujeitos do processo, tornando ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” que o princípio da cooperação objetiva alcançar. Posto isso, a eficácia normativa do princípio da cooperação independe da edição de regras jurídicas expressas particularizando quais atitudes são cooperativas ou não cooperativas.³³⁰ Exemplificando, Didier Jr. observa que: se não há uma regra que proteja as partes contra o comportamento contraditório por parte do órgão julgador (*venire contra factum proprium*), o princípio da cooperação será norma jurídica bastante para que se impute este dever ao magistrado.³³¹

³²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 95.

³³⁰ DIDIER JR., Fredie. Princípio da Cooperação. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.). *Normas Fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 350.

³³¹ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

Também Lorena Barreiros procura compatibilizar as lições de Humberto Ávila sobre os princípios jurídicos ao estudo da cooperação processual, demonstrando, com propriedade, o conteúdo eficaz do princípio da cooperação. Conforme Barreiros, Ávila divide a eficácia dos princípios em interna e externa: a eficácia interna relaciona-se com o papel desempenhado pelos princípios dentro do ordenamento jurídico, isto é, no que diz respeito aos subprincípios e regras; enquanto que a eficácia externa se liga à função dos princípios quanto à interpretação dos fatos e das provas.³³²

Quanto à eficácia interna, ela pode ser direta ou indireta. No primeiro caso (direta), quando atua sobre outras normas de modo direto, sem que haja intermediação ou interposição de outros princípios ou regras. Nesses casos terá *função integrativa*, agregando elementos não previstos em outras espécies normativas. E também poderá ser indireta, que ocorre quando o princípio atua sobre outros princípios ou regras para cumprir: (i) *função definitória*, ao delimitar e especificar o comando mais amplo de um sobreprincípio axiologicamente superior; (ii) *função interpretativa*, que terá a função de delimitar o sentido de outras normas; (iii) *função bloqueadora*, quando afastam comandos normativos expressamente incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido.³³³

No que tange à eficácia externa, os princípios atuam não apenas sobre o adequado entendimento de outras normas, mas também sobre a compreensão dos fatos e das provas, fornecendo parâmetros para a realização de exames de pertinência (decisão sobre quais são os fatos pertinentes para o deslinde da causa) e de valoração (decisão sobre quais são os pontos de vista adequados para o exame do caso). Ávila³³⁴ subdivide a eficácia externa nas funções *objetiva* e *subjetiva*. A função *objetiva* concerne ao próprio conteúdo da eficácia externa e estabelece eficácias *seletiva/valorativa e argumentativa*. Já a função *subjetiva*, que se subdivide em funções de *defesa e proteção*, refere-se aos sujeitos atingidos pela eficácia dos princípios, determinando direitos subjetivos que interditam a atuação do Estado em direitos e liberdades (função de defesa) e impondo a promoção pelo Estado de medidas para a proteção dos direitos de liberdade (função protetora), já que “não cabe ao Estado apenas respeitar

³³² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 187-193.

³³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 123.

³³⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 125-126.

direitos fundamentais, mas também de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível”.³³⁵

Sob o ângulo interno, o princípio da cooperação terá, inicialmente, eficácia integrativa (direta), que determinará que a aplicação do “princípio da cooperação não depende de intermediação de outras regras jurídicas, espalhadas topicamente na legislação”. Assim, “o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo”, de forma que deverá ser aplicado de forma direta e imediata ao caso concreto. Por exemplo, extrai-se do princípio da cooperação deveres cooperativos não previstos na lei, como é o caso da aplicação do *venire contra factum proprium* ao órgão julgador, conforme observou Didier Jr.³³⁶ Portanto, reitera-se que a eficácia integrativa pressupõe não somente o reconhecimento do princípio da cooperação como espécie de norma jurídica, mas, além disso, reconhece que a mesma é dotada de eficácia direta e imediata. Precisando suas lições quanto à eficácia integrativa, Didier Jr. leciona que “a eficácia do princípio da cooperação não depende de intermediação de outras regras jurídicas espalhadas topicamente na legislação”.³³⁷

Ainda sob a perspectiva da eficácia interna (indireta), o princípio da cooperação terá funções *definitória*, *interpretativa* e *bloqueadora*. A primeira função (*definitória*) diz respeito à delimitação do comando normativo estabelecido por um (sobre)princípio do qual decorre o (sub)princípio da cooperação. Nesse sentido, o princípio da cooperação especifica os (sobre)princípios do devido processo legal e da boa-fé processual, de modo que o processo para ser devido (*giusto processo*) deve ser leal ou cooperativo e a proteção da boa-fé na relação jurídica processual perpassa o estabelecimento de processo cooperativo.³³⁸

Já a função interpretativa contribuirá com a interpretação de dispositivos processuais, de modo a delimitar o sentido de outras normas de acordo com o estado de coisas pretendido pelo princípio da cooperação. Desse modo, servirá como baliza para interpretar qualquer norma jurídica segundo o fim que pretende estabelecer, o que permite afastar interpretações

³³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 128.

³³⁶ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

³³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 52.

³³⁸ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 53-54.

que impeçam a sua concretização do princípio da cooperação.³³⁹ Desse modo, entende-se que é possível até mesmo utilizar a aludida eficácia interpretativa para afirmar que o art. 6º do CPC-2015 obriga a todos os sujeitos processuais a cooperarem com o processo para a obtenção, em tempo razoável, de uma decisão de mérito justa e efetiva, e por todos, deve-se compreender tanto o juiz para com as partes, assim como as partes entre si.

A terceira função da eficácia interna sob o prisma indireto (bloqueadora), servirá como justificativa para a não-aplicação de textos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado de coisas que o princípio da cooperação visa promover.³⁴⁰ Exemplificativamente, deve ser afastada determinada norma jurídica que permita que o órgão judicial adote postura não cooperativa (possibilidade de não esclarecimento de decisão judicial), uma vez que se trataria de disposição incompatível com o estado de coisas pretendido.

Sob o prisma externo (eficácia externa objetiva), a eficácia seletiva/valorativa baseia-se na ideia de que o intérprete não trabalha com fatos brutos, mas construídos, determinando que a interpretação dos fatos deverá ser feita de modo a selecionar aqueles que se situam no centro dos interesses protegidos pelo princípio da cooperação (justa solução do conflito, diálogo, participação), valorando-os segundo pontos de vista que lhe deem concreção.³⁴¹ De seu turno, a eficácia argumentativa refere-se à exigência de que o Poder Judiciário, para afastar o princípio da cooperação, pondere o valor da cooperação com outros valores que com ele contrasta, ou, ainda, deve ser objeto de ponderação os meios alternativos à consecução do princípio em exame.³⁴²

Por fim, a eficácia externa subjetiva desempenha as funções de *defesa e proteção*, sendo que a primeira (*defesa*) proíbe a atuação estatal lesiva dos direitos das partes relacionados ao princípio da cooperação e a segunda (*proteção*) exige que o Poder Público adote condutas com o objetivo de promover os direitos fundamentais relativos à cooperação.³⁴³

³³⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 190.

³⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 55.

³⁴¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 193.

³⁴² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 193.

³⁴³ ³⁴³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 193.

Diante disso, resta assentado o conteúdo eficaz do princípio jurídico da cooperação, o que impede a alegação de que a cooperação seria mero projeto utópico de parte da doutrina brasileira.

4.3 OS DEVERES PROCESSUAIS DECORRENTES DA COOPERAÇÃO DO ÓRGÃO JUDICIAL PARA COM AS PARTES E A INFLUÊNCIA DO REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O modelo processual cooperativo é presidido pelo princípio da cooperação, que tem por escopo a organização do ambiente processual enquanto uma comunidade de trabalho, na qual todos os sujeitos processuais devem contribuir para a formação da decisão judicial a partir do diálogo processual. Diante disso, os comportamentos contrários ao ambiente cooperativo serão ilícitos, sendo impositivo o dever de cooperação para com o processo.

Com fundamento na classificação de Miguel Teixeira de Sousa³⁴⁴, *vislumbra-se como deveres do órgão judicial para com as partes* os deveres de *esclarecimento*, de *auxílio*, de *prevenção* e de *consulta*. Conforme realça Teixeira de Sousa, os deveres de cooperação do tribunal para com as partes se tratam, em verdade, de um poder-dever ou de um dever funcional.³⁴⁵

O *dever de esclarecimento* refere-se à obrigação do magistrado se esclarecer junto às partes quanto a determinadas dúvidas que tenha sobre alegações, posições ou pedidos realizados em juízo, de modo a evitar percepções equivocadas. Exemplificando o dever de esclarecimento junto ao direito processual português, Teixeira de Sousa³⁴⁶ destaca que o art. 266º, nº 2, do Código de Processo Civil Português dispõe que o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir qualquer das partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito que considere relevante para a resolução do caso, devendo dar conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

Fredie Didier Jr.³⁴⁷ enxerga duas situações em que se pode dar aplicação aos deveres de esclarecimento no direito processual brasileiro. Em primeiro lugar, ressalta que se o

³⁴⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lex: Lisboa, 1997. p. 65-67.

³⁴⁵ No próximo tópico trataremos dos deveres cooperativo das partes para com o órgão judicial.

³⁴⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lex: Lisboa, 1997. p. 65.

³⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20.

magistrado estiver em dúvida quanto ao preenchimento de um requisito processual de validade, deverá solicitar que a parte lhe esclareça sobre tal ponto, e não determinar de imediato a extinção do processo sem julgamento do mérito. Uma segunda hipótese aventada por Didier Jr. é que, caso uma petição inicial apresente obscuridade do pedido ou da causa de pedir, não deve o juiz indeferir a petição de pronto, mas requerer esclarecimento da parte necessárias a sua obtenção.³⁴⁸ Também se pode notar a concretização do dever de esclarecimento no inciso VIII, art. 139 do CPC-2015, que expressa: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: determinar a qualquer tempo, comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese tem que não incidirá a pena de confesso”.³⁴⁹

Todavia, Didier Jr. observa que o dever de esclarecimento não se restringe ao dever do órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, abarcando, ainda, o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes.³⁵⁰ Já Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron consideram que além de permitir o esclarecimento do magistrado acerca dos fatos e situações jurídicas, dentro das regras do máximo aproveitamento e da primazia do mérito (art. 4º), o dever de esclarecimento também “viabiliza às partes a potencialidade de obter do magistrado decisões que sejam fruto do debate em contraditório, desprovidas de dúvidas e obscuridades”.³⁵¹ Por sua vez, Lucio Grassi destaca que esse dever também terá um papel assistencial, uma vez que irá contribuir para uma maior igualdade de armas no processo. Assim, aquela parte que é financeiramente mais débil e não possui recursos para contratar um advogado de competência, terá minorada a sua deficiência no momento em que o juiz buscar se esclarecer junto ao seu patrono no que diz respeito a eventual matéria de fato ou de direito que não esteja exposta de maneira clara o suficiente.³⁵²

O *dever de prevenção* é um dever do tribunal de caráter assistencial, indicando que o órgão judicial, quando entender necessário, deve solicitar que as partes aperfeiçoem suas petições ou alegações. Segundo Teixeira de Sousa³⁵³, esse dever processual tem âmbito mais

³⁴⁸ No mesmo sentido, cf. CUNHA, Leonardo Carneiro. Art. 1º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 42.

³⁴⁹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015. p. 84.

³⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 16.

³⁵¹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015. p. 87.

³⁵² GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 6. setembro/2003. p. 51.

³⁵³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lex: Lisboa, 1997. p. 66.

amplo, porque “vale genericamente para todas as situações em que o êxito da accção a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. Diante disso, Sousa prevê quatro áreas fundamentais em que o referido dever irá se concretizar: (i) a explicitação de pedidos pouco claros; (ii) o carácter lacunar da exposição dos fatos relevantes; (iii) a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e (iv) a sugestão de certa atuação pela parte. Fredie Didier Jr. destaca que o CPC-2015 concretizou o referido dever processual em vários dispositivos, o que mais uma vez reforça o modelo cooperativo de processo: arts. 76, *caput*³⁵⁴, 321³⁵⁵, 932, parágrafo único³⁵⁶, 1.024, § 3.º³⁵⁷, 1.029, § 3.º³⁵⁸, todos do CPC-2015.³⁵⁹

Entre eles, Didier Jr. considera o art. 321 emblemático quanto à positivação dos deveres processuais. O referido artigo garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o órgão jurisdicional considerar que lhe falta algum requisito. Por força desse dispositivo, não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito. Caso o autor não cumpra a diligência que lhe foi ordenada, a petição inicial será indeferida nos termos do inciso IV do art. 330 do CPC-2015, que expressa: “a petição inicial será indeferida quando: [...] não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321”.³⁶⁰

O *dever de consulta*, de seu turno, visa evitar as chamadas “decisões surpresa”, e impõe que o magistrado não pode decidir qualquer questão, mesmo que seja matéria passível de decisão de ofício, sem antes intimar as partes para se manifestar. Miguel Teixeira de Sousa aponta que o referido dever resta positivado no art. 3º, nº 3, do Código de Processo Civil de Portugal.³⁶¹ Do mesmo modo, o CPC-2015, em seu art. 10, estatui que “o

³⁵⁴ CPC-2015 “Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.”

³⁵⁵ Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.”

³⁵⁶ CPC-2015 “Art. 932 [...] Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.”

³⁵⁷ CPC-2015 “Art. 1.024 [...] §3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, §1º.”

³⁵⁸ CPC-2015 “Art. 1.029 [...] §3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.”

³⁵⁹ ³⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 56.

³⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 21.

³⁶¹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lex: Lisboa, 1997. p. 66.

juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. No entanto, é certo que caso a parte permaneça inerte, mesmo após ser intimada para se manifestar, poderá o juiz decidir a questão de ofício. Nesse sentido, Lucio Grassi esclarece que o papel do juiz é dar à parte a oportunidade para se manifestar, e que, caso isso seja feito e ela opte por não participar do processo nesse momento, não há que se falar em descumprimento do dever de esclarecimento, nem em decisão-surpresa.³⁶²

Importante destacar, ainda, com base na doutrina de Didier Jr.³⁶³, que o dever de consulta se relaciona fundamentalmente com o princípio do contraditório, apesar de Teixeira de Sousa não realizar referida abordagem ao dissertar sobre o tema, porque assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia.

O *dever de auxílio* determina que o juiz tem que assistir as partes quanto à superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais. É possível verificar a materialização do dever de auxílio no art. 319, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece que “caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias à sua obtenção”.

Cumprido destacar, ainda, que o redimensionamento do princípio do contraditório é de extrema importância para a atribuição de deveres cooperativos do juiz para com as partes, pois é a partir dessa construção teórica que se começa a vislumbrar o órgão judicial como integrante de um ambiente dialógico e participante ativo do arco procedimental. Nessa toada, Luiz Rodrigues Wambier anota que é possível dizer que “o contraditório é a garantia de que haverá, entre juiz e partes, efetiva cooperação para que o processo alcance seus próprios objetivos” e observa que “embora não se possa afirmar que a cooperação integra o contraditório, pode-se dizer, sem medo de errar, que se tratam de princípios ‘coirmãos’”.³⁶⁴

Por muito tempo, o contraditório foi visto somente a partir do binômio informação-reação, isto é, a parte tem direito de ser informado acerca dos atos realizados pelo seu

³⁶² GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 6. setembro/2003. p. 53.

³⁶³ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 18.

³⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Notas sobre o contraditório no projeto do novo CPC Disponível em: <<https://goo.gl/yytdno>>. Acesso em 18. jan. 2018.

contendor e também a oportunidade de reagir. Assim, na prática forense, o contraditório se concretizava da seguinte maneira: apresentada uma petição por uma das partes e não sendo caso de pronto indeferimento por parte do juiz, a outra parte era intimada para conhecer o teor da manifestação, bem como apresentar as suas razões. Portanto, nessa concepção, o juiz não dialogava com as partes, mas servia apenas como canal de comunicação entre os adversários da relação processual.

Essa faceta do contraditório é relevante para a garantia do devido processo legal, e por isso segue em aplicação em todos os sistemas processuais democráticos modernos, uma vez que concede à parte o direito de expor as razões pelas quais a sua tese deve prevalecer, assim como impede que o juiz decida somente a partir dos fatos e fundamentos jurídicos trazidos por um dos litigantes. No entanto, esse arranjo exclui o juiz do diálogo processual e permite que ele, no momento da decisão, empregue fundamentos que não foram expostos pelo autor ou réu, uma vez que pode ter a sua própria impressão sobre o material fático e jurídico do processo.

A partir dessa constatação de ordem prática, a doutrina passa a desenvolver o conceito de contraditório como dever de debate ou dever de influência³⁶⁵. Segundo essa nova categoria de contraditório, além das partes, o juiz também está submetido ao contraditório, de modo que as partes têm o direito de ver as suas razões discutidas na decisão. Nos dizeres de Marinoni, Arenhart e Mitidiero³⁶⁶, “contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isso é: direito de influência”. A positivação do contraditório substancial se encontra no art. 10 do CPC-2015, segundo o qual “o juiz não pode decidir, em algum grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Destarte, não há mais espaço no processo civil brasileiro para decisões que se utilizem de fundamentos que não foram discutidos pelas partes, mesmo que se trate de matéria sobre a qual o juiz possa decidir de ofício. Está decretado, assim, o fim das “decisões surpresas”. Com efeito, o novo estatuto processual enxerga o processo como uma comunidade de trabalho (*arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro*), na qual o juiz, as partes e os auxiliares da justiça participam em conjunto para a solução do conflito; o que possui íntima relação com a

³⁶⁵ Por todos, cf. CABRAL, Antonio do Passo. O Contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n.126, 2005.

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 504.

ideia de que o juiz tem deveres para com as partes, de modo que a sua cooperação contribua para a construção de uma decisão judicial mais justa e efetiva. Nesse sentido, comentando a relação entre o modelo cooperativo e o princípio do contraditório, Fredie Didier Jr., leciona que “esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes.”³⁶⁷

4.4 OS DEVERES PROCESSUAIS DECORRENTES DA COOPERAÇÃO: OS DEVERES DAS PARTES PARA COM O JUIZ

Assim como o juiz tem deveres cooperativos para com as partes, as partes também têm deveres cooperativos para com o juiz. Nesse sentido, Teixeira de Sousa vaticina que “existe um dever de cooperação das partes com o tribunal, mas também há um idêntico dever de colaboração desse órgão com aquelas.” Disso resulta a observação do professor português acerca do caráter intersubjetivo dos deveres de cooperação.³⁶⁸

Retomando a classificação proposta por Teixeira de Sousa, busca-se identificar quais deveres cooperativos gravam às partes com relação ao juiz. Inicia-se com o *dever de esclarecimento*. Conforme o jurista português, trata-se dever que também é imputado às partes, uma vez que do mesmo modo que o juiz tem o dever de buscar os esclarecimentos que julga pertinentes para a resolução do caso em disputa, *as partes têm a obrigação de comparecer junto ao órgão judicial e prestar os esclarecimentos que lhes forem solicitados*, salvo se tiverem alguma escusa legal que lhes permitam silenciar ou se ausentar.³⁶⁹ No ordenamento jurídico brasileiro, Leonardo Carneiro da Cunha³⁷⁰ identifica no art. 330, §1º, I, II, III, IV³⁷¹, a positivação do dever de esclarecimento da parte junto ao órgão jurisdicional, que exige que a petição inicial seja clara e coerente, sob pena de ser determinada a sua inépcia³⁷². De acordo com os incisos do §1º do art. 330, considera-se inepta a petição inicial

³⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 53.

³⁶⁸ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lex: Lisboa, 1997. p. 65.

³⁶⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lex: Lisboa, 1997. p. 65.

³⁷⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro. Art. 1º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41.

³⁷¹ Este também é o posicionamento de Fredie Didier Jr., que afirma ser dever do demandante “redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia. (DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 54.

quando: (i) lhe faltar pedido ou causa de pedir; (ii) o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; (iii) da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; (iv) contiver pedidos incompatíveis entre si.

O *dever de consulta*, entretanto, não é um dever recíproco, mas um dever exclusivo do juiz para com as partes.³⁷³ Ele tem um caráter assistencial, porque imputa ao juiz o dever de apontar as deficiências das postulações das partes, de modo que elas possam ser superadas. Por essa razão, não é possível atribuí-lo às partes, de modo que eventual deficiência na manifestação do juiz será corrigida a partir da via recursal.

Os deveres de prevenção e auxílio, de igual modo, não gravam as partes, porque se relacionam com os comportamentos através dos quais o tribunal facilita o exercício do direito das partes. Não há um dever das partes “convidarem” o tribunal a aperfeiçoar suas decisões (*dever de prevenção*), nem mesmo lhes toca (às partes) auxiliar o órgão judicial a superar obstáculos para exercer sua atividade jurisdicional (*dever de auxílio*).

Avançando para além da classificação exposta por Teixeira de Sousa, cumpre mencionar, ainda, que as partes têm o dever de se comportar de maneira leal, expresso no art. 5º do CPC-2015, que estabelece que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Também os artigos 77 e 78, concretizam comportamentos cooperativos que devem ser observados pelas partes. De acordo com o art. 77, são “deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo” (*caput*) “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (inciso I), “não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento” (inciso II), não produzir provas não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito (inciso III) e “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação” (inciso IV). Por sua vez, o art. 78 proíbe as “partes, a seus procuradores”, entre outros atores processuais, “empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados”.

4.5 OS DEVERES PROCESSUAIS DAS PARTES PARA COM OS SEUS ADVERSÁRIOS NO PROCESSO

³⁷³ CUNHA, Leonardo Carneiro. Art. 1º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41.

A existência de deveres cooperativos entre as partes ainda é tema pouco explorado pelos doutrinadores, que em geral se limitam a fazer breves observações a respeito do tema. São poucos aqueles que se dedicam a compreender a nova “divisão de tarefas” empreendida pelo Código de 2015 e a investigar se o modelo processual cooperativo brasileiro impõe deveres cooperativos recíprocos entre as partes e, em caso positivo, quais seriam as razões para tanto. No ponto, destacam-se três posicionamentos distintos a respeito dos “deveres cooperativos” entre as partes, extraídos, respectivamente, dos magistérios de Daniel Mitidiero, de Fredie Didier Jr. e de Hermes Zaneti Jr.

Parcela da doutrina brasileira, capitaneada por Daniel Mitidiero³⁷⁴, entende que a cooperação exigida pelo CPC-2015 somente pode incidir na relação entre o juiz e as partes. Nessa perspectiva, as partes não teriam obrigação de cooperar entre si, porque estariam em posições antagônicas e defenderiam interesses distintos no ambiente processual. Uma segunda corrente, liderada por Fredie Didier Jr.³⁷⁵, compreende que o modelo cooperativo inaugurado pelo art. 6º do CPC-2015 impõe que a cooperação se dê em todas as frentes, seja do juiz para com as partes, seja das partes com relação ao juiz, seja das partes entre si ou com relação a qualquer sujeito processual (como, por exemplo, peritos, *amicus curiae*); uma vez que esse dispositivo estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.³⁷⁶ Por fim, identifica-se uma terceira posição, defendida por Hermes Zaneti Jr., que parece aproximar-se da corrente doutrinária sustentada por Didier Jr., mas prefere compreender os deveres cooperativos das partes como *deveres das partes para com o processo*; à consideração de que “a cooperação não é para as partes ou para o juiz; ao contrário, é formada por deveres objetivos para com o processo, ao longo de todo o arco processual”.³⁷⁷ Nos tópicos que se seguem procurar-se-á minudenciar esses três pontos de vista, e também confrontá-los com crítica feita, a partir da doutrina de Dierle Nunes, aos posicionamentos que lhes conferem suporte, com o propósito

³⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 55-63. Também nesse sentido, cf. CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários ao novo código de processo civil*. V. 1. Curitiba: Editora: Juruá, 2015. p. 45-55; STRECK, Lenio; DELFINO, Lucio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em 07. mar. 2018.

³⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

³⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

³⁷⁷ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 136.

de responder, ao final, a indagação formulada ao início deste trabalho, quanto à incidência (ou não) de deveres cooperativos na relação entre o autor e réu, com vistas a uma justa aplicação do Direito.

4.5.1 Posicionamento de Daniel Mitidiero

Para Daniel Mitidiero a colaboração é um modelo de processo que visa dividir de maneira equilibrada as posições dos sujeitos processuais, conformando-se em torno de uma comunidade de trabalho, na qual se privilegia o trabalho processual do juiz em conjunto com as partes.³⁷⁸ Segundo Mitidiero, esse modelo é formado a partir de pressupostos culturais (sociais, lógicos e éticos), e constitui uma superação dos modelos isonômico e assimétrico. Mitidiero esclarece que não compreende a colaboração como a superação dos modelos dispositivo e inquisitório por duas razões. Em primeiro lugar porque esses modelos (dispositivo e inquisitório) apenas retratam as posições jurídicas das partes e do juiz no que se refere à condução do processo, deixando de analisar aspectos importantes do processo, como o papel da lógica no processo e o da interpretação e aplicação do direito, assim como o papel da boa-fé. Em segundo lugar porque considera que a colaboração conserva características dispositivas (julgamento da causa a partir de regras de ônus da causa, art. 373 do CPC-2015), como também traços inquisitórios (possibilidade de instrução e julgamento pelo juiz, art. 370 do CPC-2015).³⁷⁹

Acerca dos *pressupostos sociais*, Mitidiero acentua que a organização do poder político de uma sociedade irá resultar em diferentes formas de se conceber os poderes e deveres do juiz e das partes no processo, dado o caráter histórico da experiência jurídica. Em suas próprias palavras, os pressupostos sociais “permitem a comparação entre modelos de organização social e os respectivos reflexos na figura do juiz”, que podem se manifestar como um modelo isonômico, hierárquico ou cooperativo.³⁸⁰

O modelo isonômico é estruturado a partir de uma perspectiva paritária de organização social, em que há uma espécie de indistinção entre a esfera política, a sociedade civil e o indivíduo, como se notava na vida social da Grécia Antiga e da Itália medieval da época do

³⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52

³⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 53-54.

³⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 54.

ordo iudiciarius. Essas sociedades não se estruturavam em torno de modelos hierárquicos, de modo que não se admitia interferência intensa do poder político ou religioso na esfera privada dos indivíduos, em especial no processo. Como consequência dessa organização social, o juiz deveria estar disposto no mesmo nível das partes e o seu papel no processo se circunscreveria a observar a regularidade do procedimento a partir da *res in iudicium deducta*; o processo era, essencialmente, coisa das partes.³⁸¹

Por sua vez, o modelo hierárquico funda-se essencialmente em bases opostas do modelo paritário, uma vez que pressupõe um modelo de organização social em que há uma notória distinção entre indivíduo, sociedade e Estado; o que se manifesta numa relação vertical de poder entre governantes e governados. Nesse sentido, o juiz é alçado a uma posição de superioridade em relação às partes, com acentuados poderes de condução do processo, estando as partes submetidas ao seu poder.³⁸²

Por fim, há o modelo colaborativo que, em que pese sustentar a moderna distinção entre Estado, sociedade e indivíduos, organiza as relações entre esses três elementos de modo bastante distinto do Estado Moderno. Segundo Daniel Mitidiero, a Constituição de 1988 estrutura uma sociedade calcada em bases cooperativas, no qual o Estado Constitucional é baseado em dois pilares: a submissão ao Direito e a participação social em sua gestão. Tais caracteres irão refletir no papel do juiz do seguinte modo, deverá ser isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa.³⁸³

Essa referida isonomia da condução do processo resulta para o juiz nos deveres de esclarecimento, prevenção, debate e auxílio para com os litigantes. Portanto, Mitidiero defende que o órgão judicial deve dialogar constantemente com as partes a todo o momento, colhendo as suas impressões a respeito de eventuais rumos a serem tomadas no processo.³⁸⁴ Assim, “o juiz no processo cooperativo é um juiz isonômico da condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa” ou, em síntese, “paritário no diálogo e assimétrico na decisão.”³⁸⁵ No entanto, quanto à relação das partes

³⁸¹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 55.

³⁸² MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 57-58.

³⁸³ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

³⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 65-66.

³⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

entre si, Mitidiero sustenta que elas “*não possuem deveres recíprocos por força da colaboração*”, porque “*ação e defesa são posições antagônicas, o que denota interesses diferentes interesses diante da causa*”.³⁸⁶ Destarte, para Mitidiero, o conflito travado entre as partes impede que se estruture um processo civil a partir de deveres cooperativos entre elas, como parece sugerir o art. 6º do CPC-2015. Disso resulta a sua conclusão no sentido de que “*quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaborar entre si*”.³⁸⁷

Pela perspectiva dos *pressupostos lógicos*, Mitidiero afirma que cada modelo de processo (o isonômico, o assimétrico e o cooperativo) é conformado por uma lógica jurídica que lhe é peculiar.³⁸⁸ Para ele, a lógica do modelo isonômico é produto da maneira como os juristas medievais enxergavam o direito, isto é, como um problema concreto que demandava para a sua solução a aplicação de uma racionalidade prática e, por essa razão, a participação do juiz e das partes em um ambiente dialógico.³⁸⁹ No ponto, Mitidiero informa que o texto do *Corpo Iuris Civilis* servia como a principal referência normativa para os juristas medievais, que a partir dele construíam suas exegeses e argumentações. Como o direito de então estava ligado à racionalidade prática e à lógica do provável, para se chegar à resolução do caso era necessário o diálogo entre todos os aqueles que participavam do processo; o que impedia a concentração de poderes na figura do juiz, uma vez que a racionalidade individual não seria suficiente para o tratamento adequado do conflito. Foi sob essa perspectiva que os glosadores medievais insistentemente ressaltavam que o processo é ato de três personagens: autor, réu e juiz (*iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis*).³⁹⁰

Essa maneira de pensar o direito foi substancialmente modificada na Idade Moderna. Em razão da influência do paradigma racionalista no ambiente cultural da Europa dos seiscentos, o Direito passou a ser compreendido como “ciência” e por isso passou a ser presidido pela lógica apodítica; deixando, assim, de ser percebido como disciplina pertencente ao campo do discurso argumentativo do provável. Portanto, há uma ruptura com a ordem isonômica, que resulta na instauração de um modelo processual de viés hierárquico. E isso

³⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70.

³⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70-71.

³⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72.

³⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 73.

³⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 73-74.

porque, ao compreender que o Direito deveria obedecer aos padrões das ciências exatas, tornou-se desnecessário o diálogo judiciário, já que a solução para o caso concreto poderia ser encontrada simplesmente a partir da intelecção do juiz por meio do silogismo entre os fatos e a lei.³⁹¹

Já o modelo cooperativo se fundamenta a partir de outro quadro lógico. Na segunda metade do século XX são renovados os estudos sobre a lógica e a interpretação jurídica, o que irá resultar em uma revitalização do caráter problemático do direito. Por consequência, buscar-se-á reabilitar o caráter argumentativo do direito, o que resultará na construção do conceito de contraditório substancial. Nesse contexto, os poderes das partes serão incrementados, o que conduz à ideia de que os litigantes têm o direito de influir efetivamente o juízo sobre as questões da causa (fático-jurídicas, materiais e processuais). Disso resulta a nova concepção sobre a organização do processo, que exige uma “distribuição mais equilibrada das posições jurídicas das partes e do juiz”.³⁹²

Ao fim, a partir da perspectiva dos *pressupostos éticos*, Mitidiero ressalta que os modelos paritário e hierárquico se submetiam a um esquema de boa-fé subjetiva para valoração da conduta das partes; enquanto que o modelo cooperativo, além de reconhecer a boa-fé subjetiva, agrega a ela o conceito de boa-fé objetiva ao ambiente processual, que deve ser aplicada a todos os sujeitos processuais, inclusive o juiz, conforme positivado no art. 5º do Código de Processo Civil de 2015. No ponto, Mitidiero realça que o modelo cooperativo é necessariamente um “devido processo leal”, em que “além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo”.³⁹³

4.5.2. Posicionamento de Fredie Didier Jr.

Fredie Didier Jr.³⁹⁴ classifica os modelos de processo como adversarial, inquisitivo e cooperativo. Com base na doutrina de J. A. Jolowicz³⁹⁵ e Mirjan R. Damaška³⁹⁶, caracteriza o

³⁹¹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 78-79.

³⁹² MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 85-86.

³⁹³ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 90-91.

³⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. 1. ed. Coord.: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 208.

modelo adversarial enquanto forma de competição ou disputa entre dois adversários diante de um órgão judicial relativamente passivo, destacando que no modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo, uma vez que o legislador atribui às partes as principais tarefas quanto à condução e à instrução do processo. Por outro lado, entende que o modelo inquisitivo se estrutura como uma “investigação oficial” e projeta o juiz como protagonista da relação processual. Por consequência, nesse modelo há a preponderância do princípio inquisitivo, já que o legislador atribui ao juiz maiores poderes quanto à condução formal e material do processo, assim como no que se refere à instrução probatória.

Para além dos dois modelos clássicos de organização do processo, Didier Jr. identifica um terceiro modelo: o processo cooperativo. Para ele, o princípio da cooperação é o princípio que define o modo como deve ser estruturado o processo civil brasileiro e surgiu como uma conjugação dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório.³⁹⁷

Fredie Didier Jr. destaca, ainda, que o modelo cooperativo é caracterizado pelo “redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não como mero espectador do duelo das partes”. Destarte, no modelo cooperativo a marcha processual deixa de ser conduzida pela vontade das partes (modelo adversarial), assim como não se pode afirmar que nele o juiz determina a condução processual de maneira inquisitiva. Disso resulta a conclusão de Didier Jr. no sentido de que o modelo cooperativo é aquele em que não há destaque especial para nenhum dos sujeitos processuais.³⁹⁸

Didier Jr. comunga da proposição de Daniel Mitidiero quanto à dupla posição ocupada pelo juiz no processo cooperativo, quando se mostra “paritário na condução do processo” e “assimétrico no momento da decisão”, e por isso observa que o juiz “não conduz o processo

³⁹⁵ JOLOWICZ, J. A. “Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation.” *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 177.

³⁹⁶ DAMAŠKA, Mirjan R. *The face of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1991. p. 3.

³⁹⁷ Nesse sentido, Didier Jr. leciona: “Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro”. DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 18.

³⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. 1. ed. Coord.: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 212.

ignorando ou minimizando o papel das partes na ‘divisão do trabalho’, mas sim em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio”.³⁹⁹

Quanto à eficácia jurídica, Didier Jr. ressalta que “o princípio da cooperação atua diretamente imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo que são ilícitas as condutas contrárias à obtenção do ‘estado de coisas’ (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover”. Logo, em razão de sua eficácia normativa direta, considera que o princípio da cooperação independe de regras expressas para concretizá-lo no ambiente processual, “ao integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo)”.⁴⁰⁰

Seguindo sua linha de raciocínio, registra que “o processo é um feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções. É por isso que o art. 6º do CPC determina que todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si”.⁴⁰¹ Assim, diferentemente do posicionamento de Mitidiero, conclui que “*os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo*”, como a relação entre “*autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc.*”; qualificando essa como “*a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação.*”⁴⁰²

Valendo-se da obra de Menezes Cordeiro, Didier Jr. defende que as partes possuem os seguintes deveres: (i) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 330, §1º, II e IV, CPC); (ii) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (arts. 79-81, CPC), assim como devem obedecer o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC); (iii) *dever de prevenção*, a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, art. 77, VI, CPC-2015); há responsabilização objetiva do exequente nos casos de execução injusta, art. 776, CPC-2015.⁴⁰³

³⁹⁹ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. 1. ed. Coord.: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 212.

⁴⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

⁴⁰¹ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

⁴⁰² DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

⁴⁰³ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 20.

Quanto a relação do juiz para com as partes, considera que é possível visualizar a aplicação do princípio da cooperação gerando os seguintes deveres: (i) *dever de lealdade*, que é consequência do princípio da boa-fé processual; (ii) *dever de esclarecimento*, que consiste no dever do Tribunal se esclarecer junto das partes quanto possíveis dúvidas quanto às alegações, pedidos ou posições em juízo, assim como o dever do tribunal esclarecer os seus próprios pronunciamentos; (iii) *dever de consulta*, que é aspecto do dever de esclarecimento em sentido amplo, que impede ao juiz decidir com base em questão de fato ou de direito, , ainda que seja matéria que possa ser conhecida de ofício, sem que as partes sejam intimadas para se manifestar, assim como impõe que o juiz consulte as partes acerca de questão que não foi discutida no processo antes decidir a seu respeito;; (iv) *dever de prevenção*, que se trata do dever do magistrado apontar as deficiências das postulações das partes que possam ser supridas.⁴⁰⁴

Por fim, arrematando o seu entendimento acerca do modelo cooperativo processual instalado pelo Código de 2015, Didier Jr. reforça que o *princípio da cooperação* se destina a transformar o processo em uma comunidade de trabalho e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados. De seu turno, as *regras de cooperação* concretizam esse princípio, como, por exemplo, a que exige que o pronunciamento judicial seja claro.⁴⁰⁵

4.5.3. Posicionamento de Hermes Zaneti Jr.

Hermes Zaneti Jr. leciona que as normas fundamentais previstas entre os artigos 1 a 12 do Código de Processo Civil de 2015 orientam a disciplina e a aplicação do direito processual brasileiro, de forma que elas não se restringem somente ao novo diploma, mas tem sua eficácia espalhada para todo o sistema processual, seja aos microssistemas, seja para os outros ramos do direito processual, como o direito processual penal, direito processual administrativo, o direito processual do trabalho, o direito processual eleitoral, o direito processual legislativo, os processos negociais das relações obrigacionais entre privados.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

⁴⁰⁵ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 21.

⁴⁰⁶ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 103.

Destaca que as normas fundamentais tratam da constitucionalização do processo (art. 1º, CPC-2015); do acesso à justiça, pela tradicional porta do Poder Judiciário, mas também por meio da justiça multiportas (art. 3º, §§ 1º a 3º, CPC-2015), do processo justo (art. 2º e 8º, CPC-2015), do princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4º, CPC-2015); da boa-fé e da lealdade processual, com o controle objetivo do abuso de direito processual (art. 5º, CPC-2015), da cooperação ou colaboração (art. 6º, CPC-2015); do contraditório substancial (art. 7º, 9º, 10º, CPC-2015), da duração razoável do processo (arts. 4º e 12, CPC-2015), do autorregramento da vontade no processo (art. 190 e 200, CPC-2015), da fundamentação hermenêutica e analiticamente adequada (art. 11 e 489, § 1º, CPC-2015), dos precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926, 927, 489, § 1º, V e VI, CPC-2015) e dos casos repetitivos; para concluir que “o conjunto dessas alterações aponta para uma renovada relação entre partes, juiz e todos os aqueles que de qualquer forma participam do processo em uma comunidade de trabalho”.⁴⁰⁷

Do mesmo modo que Fredie Didier Jr. e Daniel Mitidiero, Hermes Zaneti Jr. reconhece a positivação do princípio da cooperação, e sustenta que esse princípio se destina a transformar o processo em uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft, comunione di lavoro*) e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados. No ponto, Zaneti Jr. esclarece que o princípio da cooperação não importa na colaboração irrestrita entre as partes, nem desconsidera a dimensão litigiosa do processo. As partes não “deixarão de ser litigantes e de atuar em polos contrapostos em benefício de seus próprios interesses”, na verdade o que o princípio da cooperação impõe às partes é “um comportamento processual pautado por uma cooperação objetiva, com deveres de conduta, sancionáveis em caso de descumprimento”, e por isso “veda a atuação voltada a procrastinar o processo, evitar a justiça da decisão, resultar em decisões não resolutivas de mérito, prejudicar a produção de prova etc”.⁴⁰⁸

Assim, Zaneti Jr. compreende o processo enquanto um “ambiente regrado e disciplinado, ordenado para atingir um fim”, o que impede que ele seja “pensado como uma guerra, no interesse exclusivo das partes ou do Estado”. O juiz e as partes deverão se comportar de modo cooperativo, *como um desdobramento da boa-fé processual objetiva* (art. 5 do CPC-2015), sendo que tais comportamentos independem de suas vontades particulares,

⁴⁰⁷ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 104.

⁴⁰⁸ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 137.

vez que decorrem da conformação do ordenamento jurídico em um Estado Democrático Constitucional.⁴⁰⁹ Precisando o seu raciocínio, Zaneti Jr. esclarece que o CPC-2015 estrutura uma divisão de trabalho entre os participantes do processo a partir da exigência de comportamentos objetivos, isto é, contrafáticos (contraintuitivos), “regrados pela norma e não resultantes da praxe judicial”.⁴¹⁰

Quanto a imputação de deveres cooperativos entre os sujeitos processuais, Hermes Zaneti Jr. se opõe à posição de Daniel Mitidiero e de, certo modo, também se distancia do posicionamento de Fredie Didier Jr, ao considerar que “a cooperação não é para as partes ou para o juiz”, mas “*é formada por deveres objetivos de todos para com o processo, ao longo de todo o arco processual*”, o que reforça a tese de que o Código de 2015 estabelece um “padrão de comportamento que se traduz em exigências de comportamentos objetivos de todos aqueles que participam do processo e que configura a *cooperação para o processo*”.⁴¹¹

A posição de Zaneti Jr. é dissonante da defendida por Daniel Mitidiero, pois considera que a cooperação é *para o processo*, e não do juiz para com as partes. Já, no que concerne ao entendimento de Fredie Didier Jr., é importante destacar que Zaneti Jr. confere bastante ênfase à dimensão objetiva da exigência dos comportamentos cooperativos, de modo que, apesar de estar de acordo com Didier Jr. quanto ao fato de que “os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo”, (como a relação entre “autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc.”),⁴¹² prefere realçar que a cooperação verificada em todos os feixes de relações jurídicas deriva do fato de que todos os sujeitos processuais cooperam *para o processo* a partir da exigência de comportamentos cooperativos objetivos e isso se dá porque o processo no Estado Democrático Constitucional tem por finalidade a tutela dos direitos, justa, adequada, tempestiva, efetiva e compatível aos direitos fundamentais.⁴¹³

⁴⁰⁹ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 137

⁴¹⁰ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 137

⁴¹¹ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 137-138.

⁴¹² DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

⁴¹³ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 105.

4.5.4 A crítica aos posicionamentos de Daniel Mitidiero, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.

Ao analisar os principais posicionamentos a respeito do modelo cooperativo inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 e, por consequência, dos deveres cooperativos imputados aos sujeitos processuais, Isabella Fonseca Alves considera que a doutrina de Daniel Mitidiero, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. são incompatíveis com o Código de 2015, porque partem de uma proposta axiológica da cooperação, e não normativa. Por essa razão, sustenta que somente a partir da teoria normativa da comparticipação, desenvolvida por Dierle Nunes,⁴¹⁴ seria possível admitir a exigência de condutas cooperativas dos sujeitos processuais.⁴¹⁵

As principais críticas de Alves dirigem-se ao *modelo colaborativo* desenvolvido por Daniel Mitidiero na obra “A colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos”.⁴¹⁶ Essas críticas, entretanto, também podem ser estendidas aos trabalhos de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., já que eles partem, de certo modo, do mesmo aporte teórico adotado por Mitidiero. Todavia mesmo os trabalhos de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. são expressamente criticados por Isabella Alves.

Alves veicula três críticas centrais ao modelo colaborativo concebido por Daniel Mitidiero, sendo que as duas primeiras também constituem objeções ao modelo cooperativo professado por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁴¹⁷

A primeira crítica diz respeito à afirmação de que o modelo colaborativo é uma proposta estatista e axiológica, porque ele se funda no *princípio da cooperação*, o que impediria a imputação de condutas cooperativas normativamente aos sujeitos processuais. Conforme Alves, Daniel Mitidiero entende que a colaboração, além de ser um modelo processual, seria um princípio que impõe um estado de coisas a ser promovido. Nesse sentido, para Daniel Mitidiero, o fundamento do princípio da cooperação estaria na necessidade de uma equilibrada distribuição da participação dos sujeitos processuais. No ponto, Alves observa que “quando Mitidiero classifica a cooperação processual como um princípio, parte

⁴¹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

⁴¹⁵ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 101-108.

⁴¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴¹⁷ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 119-173.

de argumentos morais e tenta vincular o caráter axiológico dos valores com uma deontologia que todo princípio possui”, sendo “essa conduta incompatível com a própria classificação dos princípios”.⁴¹⁸

A mesma crítica é dirigida ao modelo cooperativo defendido por Fredie Didier Jr. Segundo Didier Jr., “o princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos dos processos deveres”, o que torna “ilícitas as condutas contrárias à obtenção do ‘estado de coisas’ (comunidade de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover”.⁴¹⁹ A respeito do posicionamento de Didier Jr., Alves explica que “quando Didier classifica a cooperação processual como princípio, principalmente por entender que princípio diz respeito à norma que estabelece um fim a ser atingido”, estaria, em verdade, “trabalhando com diretrizes políticas”. Por isso, reitera que a cooperação processual proposta por Didier Jr. se aproxima “muito mais da diretriz política devido seu caráter utilitário e pragmático do que a um princípio”.⁴²⁰ Ainda discorrendo sobre a posição de Didier Jr., Alves avalia que “faltaria na cooperação processual, para que ela fosse considerada um princípio, o caráter deontológico”, e que “todas as acepções de cooperação como princípio partem de teorias axiológicas, além de não conseguir demonstrar qual a correção normativa que adviria desse ‘princípio’”.⁴²¹

Posto isso, Alves conclui que a “cooperação processual tida como princípio como defendem Mitidiero, Didier e Miranda, é fruto da livre criação de princípios”,⁴²² alinhando-se, então, à posição de Lenio Streck, que defende que a cooperação não é princípio, porque carece de densidade normativa, além do que a não cooperação das partes não invalidaria uma regra, o que comprova a inexistência de autonomia do princípio da cooperação.⁴²³ Por essas razões, Alves compreende que a cooperação positivada pelo art. 6º do Código de Processo Civil de 2015 deve ser “considerada uma regra de suma importância no sistema processual brasileiro, no momento em que é norma fundamental e, assim, torna-se premissa interpretativa de todos os demais dispositivos existentes nele”, mas não como princípio, uma vez que os

⁴¹⁸ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 103.

⁴¹⁹ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19

⁴²⁰ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 101.

⁴²¹ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 101.

⁴²² ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 215.

⁴²³ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 3. ed. p. 538-539.

“princípios são fruto institucional de uma dada comunidade, razão pela qual não podem ser inventados por atos criativos individuais”.⁴²⁴

A segunda crítica de Isabella Fonseca Alves é dirigida expressamente e de forma simultânea aos trabalhos de Daniel Mitidiero, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. De acordo com Alves, os três autores acabam por conceber um modelo que privilegia o protagonismo do juiz no processo, uma vez que estão de acordo que o juiz cumpre dupla função no processo cooperativo, porque é “paritário no diálogo e assimétrico na decisão”.⁴²⁵ Quanto a isso, manifesta-se no sentido de que “indubitavelmente, esse novo papel do juiz (paritário no diálogo e assimétrico na decisão) defendido por Mitidiero e Didier seria apenas uma nova roupagem de um discurso estatalista socializador, especialmente “quando mantém a assimetria na decisão”, e defende que “o juiz assimétrico nas decisões não condiz com uma perspectiva democrática de cooperação processual”, porque “por mais que ele seja paritário no diálogo, estaria, ainda sim, arreigado de uma visão estatalista do processo”, uma vez que a força de decisão judicial (*jure imperii*) não deve mudar o ambiente cooperativo, que é normativamente determinado.⁴²⁶

Em contraposição à tese defendida por Mitidiero, Didier Jr. e Zaneti Jr. (de que o juiz assume uma dupla postura no processo cooperativo: paritário no diálogo e assimétrico na decisão), Isabella Fonseca Alves enxerga que a teoria da comparticipação permitiria impedir o protagonismo do juiz e, ao mesmo tempo, não provocaria um esvaziamento do papel do magistrado. Segundo Alves, observa, então, em referência à doutrina de Dierle Nunes⁴²⁷, que “na teoria da comparticipação o juiz tem o papel democrático de garantidor de direitos fundamentais e deve assumir sua função institucional decisória num sistema de regras e princípios, embasado no debate endoprocessual, e no espaço público processual”, em que “todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam a formação dos provimentos”. No ponto, destaca que nessa “redefinição do papel do magistrado no modelo processual, ganha destaque o princípio do contraditório, que se desenvolve nos deveres de informação e dos direitos de manifestação e consideração para as partes”, para

⁴²⁴ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 108-109.

⁴²⁵ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64-65; DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro, 2007, p. 199.

⁴²⁶ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 169.

⁴²⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 256.

concluir que no modelo participativo de processo, “a função institucional decisória não levaria a assimetria no momento da decisão, muito menos em um esvaziamento do papel do magistrado”; o que ocorreria seria sua “redefinição, que faz com que o juiz por meio da terceira via interpretativa, de forma responsável e técnica, advirta as partes acerca de pontos de fato, de direito, processuais ou materiais relevantes para a causa” e “ao mesmo tempo assuma o papel democrático de garantidor dos direitos fundamentais”.⁴²⁸

Por fim, Alves considera equivocada a leitura feita por Daniel Mitidiero dos deveres cooperativos entre os sujeitos processuais imputados pelo art. 6º do CPC-2015, quando defende que apenas o juiz e as partes teriam deveres cooperativos recíprocos, mas não as partes entre si.⁴²⁹ Quanto a este posicionamento, Alves considera, mais uma vez, que se trata de uma compreensão da cooperação processual a partir de uma vertente estatalista, que contraria a própria noção de processo enquanto ambiente dialógico, no qual se buscam vias legítimas de autocomposição e de interação contínua entre os sujeitos processuais em conformidade com comportamentos objetivamente pautados pela boa-fé.⁴³⁰ Sustenta, ainda, que essa visão contraria, por exemplo, o disposto no art. 190⁴³¹ e 191⁴³² do Código de 2015, “em que as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-los às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, seja “antes ou durante o processo e, até mesmo fixar calendário para a prática de atos processuais”.⁴³³

⁴²⁸ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 171-172.

⁴²⁹ A propósito, recobra-se que, para Mitidiero, “o papel do juiz na condução do processo é alterado no modelo cooperativo”, no entanto “as partes não têm deveres recíprocos por força da colaboração. Ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa”. Em razão disso, conclui que “o conflito existente entre as partes impede que se estruture um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes – como parece sugerir o art. 6º do CPC/2015”, e, por isso, sustenta que “quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaborar entre si”. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64-65). Destaca-se que esse posicionamento de Daniel Mitidiero difere da posição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19; ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 136).

⁴³⁰ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 153.

⁴³¹ CPC-2015: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

⁴³² CPC-2015: “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

⁴³³ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 153-154.

Aprofundando as suas objeções à impropriedade de se considerar o juiz como ator processual paritário no diálogo e assimétrico na decisão, Alves acentua, com base na doutrina de Dierle Nunes,⁴³⁴ que aqueles que negam a cooperação entre as partes partem da premissa que a cooperação processual exigiria que as partes apresentassem espontaneamente vínculos de solidariedade, e não normativa. Assim, julga que a partir de uma “releitura democrática normativa da cooperação em perfil participativo, leva-se a sério o contraditório como influência e não surpresa, de modo a garantir a influência e não surpresa” e, por isso, é defende que é necessário compreender “a cooperação processual como corolário do contraditório como influência”, que traz um conjunto de comandos que fomentam o diálogo e o controle de todas as ações dos sujeitos processuais, de modo que não se pode falar em assimetria entre o juiz e as partes.⁴³⁵

4.5.5 A crítica da crítica

Discorda-se das duas primeiras observações de Isabella Fonseca Alves quanto ao modelo cooperativo delineado por Daniel Mitidiero, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., que, inclusive, foram satisfatoriamente respondidas por Daniel Mitidiero ainda antes da edição do Código de Processo Civil de 2015.⁴³⁶ A terceira crítica parece ser acertada, no entanto julga-se insatisfatória a conclusão por ela apresentada. Nas linhas que se seguem, procurar-se-á refutar as duas primeiras críticas e apresentar uma solução alternativa à terceira, de modo a demonstrar a posição deste trabalho a respeito de que modo o Código de 2015 impõe aos sujeitos processuais deveres cooperativos durante todo o arco procedimental e investigar quais sujeitos processuais a eles estariam gravados, bem como se se poderia cogitar deveres cooperativos entre as partes.

Começa-se pela crítica de que não seria possível impor deveres cooperativos aos sujeitos processuais caso se considerasse a cooperação processual enquanto princípio, em virtude de sua falta de densidade normativa, bem como pelo fato de que a não cooperação das partes não invalidaria uma regra, o que comprovaria a inexistência de autonomia do princípio

⁴³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 256.

⁴³⁵ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 171.

⁴³⁶ Nesse sentido, cf. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo com *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, ano 36, vol. 194, abril 2011, p. 55-67.

da cooperação.⁴³⁷ Inicialmente, parece que a crítica desconsidera que para Daniel Mitidiero, assim como para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., a cooperação é um modelo de processo e, ao mesmo tempo, é um princípio, assim como não leva em consideração o conceito de princípio desenvolvido por Humberto Ávila.⁴³⁸

Para Daniel Mitidiero, a colaboração é um modelo de processo civil que tem por escopo organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, isto é, “visa dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os participantes do processo”.⁴³⁹ Normativamente, Daniel Mitidiero compreende que o modelo cooperativo funda-se a partir da ideia de que o Estado tem como dever propiciar condições de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB-88), fundado que está na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB-88). Assim, indivíduo, sociedade civil e Estado passam a ocupar posições coordenadas em uma relação de cooperação e o direito é aplicável segundo parâmetros de racionalidade oriundos da lógica argumentativa. Destaca que o contraditório recupera papel de destaque na formação da decisão judicial, uma vez que se aplica a todos os seus participantes (art. 7º⁴⁴⁰, 9º⁴⁴¹, 10º⁴⁴² e 489, §1º, IV⁴⁴³, do CPC-2015). Com efeito, a condução do processo passa a ser gravada por deveres cooperativos – esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio e a boa-fé objetiva deve ser observada por todos os seus participantes (art. 5º⁴⁴⁴ do CPC-2015). Por fim, Mitidiero destaca que é o objetivo do processo é a busca da verdade provável que permita a prolação de decisões justas (art. 300⁴⁴⁵ e 369⁴⁴⁶ do CPC-

⁴³⁷ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 101.

⁴³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 95.

⁴³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52.

⁴⁴⁰ CPC-2015: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

⁴⁴¹ CPC-2015: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

⁴⁴² CPC-2015: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁴⁴³ CPC-2015. “Art. 489 [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

⁴⁴⁴ CPC-2015. “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

⁴⁴⁵ CPC-2015: “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

⁴⁴⁶ CPC-2015: “Art. 369. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

2015), sendo tarefa conjunta do juiz e das partes (arts. 369 e 370⁴⁴⁷ do CPC-2015) persegui-la na medida de seus interesses.⁴⁴⁸

Ao lado disso, é também um princípio, uma vez que impõe um estado de coisas que tem que ser promovido, conforme a teoria dos princípios de Humberto Ávila.⁴⁴⁹ Assim, como princípio, o fim da colaboração está em servir de elemento para a organização do processo justo idôneo a alcançar em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º⁴⁵⁰, do CPC-2015). Destaca que a previsão da colaboração como norma fundamental no art. 6º do CPC-2015 não se trata de disposição episódica, mas conforma todo o processo civil. Assim, são previstos deveres cooperativos do juiz para com as partes, como os deveres de *esclarecimento* (arts. 139, VIII⁴⁵¹, e 321⁴⁵², 357, § 3º⁴⁵³), de *diálogo* (arts. 9º⁴⁵⁴, 10º⁴⁵⁵, 191⁴⁵⁶, 357, § 3º, 487, parágrafo único⁴⁵⁷, 489, § 1º, IV⁴⁵⁸, 493, parágrafo único⁴⁵⁹, arts. 927, §1º⁴⁶⁰), de *prevenção* (arts. 139, IX⁴⁶¹, 317⁴⁶², 932, parágrafo único⁴⁶³, 1.007, §§ 2º, 4º e 7º⁴⁶⁴ e 1.017,

⁴⁴⁷ CPC-2015: “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

⁴⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 98.

⁴⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Malheiros: São Paulo, 2014. p. 95.

⁴⁵⁰ CPC-2015. “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁴⁵¹ CPC-2015. “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso”.

⁴⁵² CPC-2015. “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”.

⁴⁵³ CPC-2015: “Art. 357 [...] § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

⁴⁵⁴ CPC-2015: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

⁴⁵⁵ O CPC-2015: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁴⁵⁶ CPC-2015: “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

⁴⁵⁷ CPC-2015: “Art. 487 [...] Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.”.

⁴⁵⁸ CPC-2015: “Art. 489 [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

⁴⁵⁹ CPC-2015: “Art. 493 [...] Parágrafo Único. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

⁴⁶⁰ CPC-2015: “Art. 927 [...] §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

⁴⁶¹ CPC-2015: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IX - determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”.

⁴⁶² CPC-2015: “Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”.

§ 3º⁴⁶⁵) e de *auxílio* (arts. 319, § 1º⁴⁶⁶, 373, § 1º⁴⁶⁷, 400, parágrafo único⁴⁶⁸, e 772, III⁴⁶⁹), o que permite afirmar que a colaboração “permeia a estruturação de todo o procedimento comum: da formação do mérito da causa ao escoamento das vias recursais, e “determina o novo equilíbrio de forças do processo civil brasileiro”.⁴⁷⁰

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. defende que “o modelo cooperativo, é enfim, uma terceira espécie, que transcende os tradicionais modelos adversarial e inquisitivo”, e mais adiante, registra que “o princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres. Assim são ilícitas as condutas contrárias à obtenção do estado de coisas (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover”. Ao fim de sua explicação, Didier Jr. faz questão de asseverar: “repita-se: o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo”.⁴⁷¹

Também Hermes Zaneti Jr. comunga da ideia de que modelo cooperativo é o modelo processual civil brasileiro e também um princípio jurídico. Para Zaneti Jr., “no modelo cooperativo (art. 6º, CPC-2015), transcendem-se os modelos adversarial e inquisitivo combinando suas virtudes”, e vaticina que se trata de modelo que “corresponde ao Estado Democrático Constitucional, compreendido o processo como procedimento em contraditório,

⁴⁶³ CPC-2015: “Art. 932 [...] Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

⁴⁶⁴ Art. 1.007. [...] § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias; [...] § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção; [...] § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

⁴⁶⁵ CPC-2015: “Art. 1.017 [...] § 3º Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único.

⁴⁶⁶ CPC-2015: “Art. 319 [...] § 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção”.

⁴⁶⁷ CPC-2015: “Art. 373 [...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

⁴⁶⁸ CPC-2015: “Art. 400 [...] Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”.

⁴⁶⁹ CPC-2015: “Art. 772. O juiz pode, em qualquer momento do processo: [...] III - determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável”.

⁴⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 108.

⁴⁷¹ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

em cooperação, de forma a atingir a decisão de mérito justa, adequada, tempestiva e efetiva”.⁴⁷² Do ponto de vista normativo, Zaneti Jr. considera que o modelo cooperativo é extraído da conjunção de diversos dispositivos no Código de Processo Civil de 2015, entre os quais destaca: a constitucionalização processo (art. 1º⁴⁷³, CPC-2015), a previsão do acesso à justiça, pela tradicional porta do Poder Judiciário, mas também por meio da justiça multiportas (art. 3º, §§ 1º a 3º⁴⁷⁴, CPC-2015), a exigência do processo justo (art. 2º⁴⁷⁵ e 8º⁴⁷⁶), o princípio da primazia do julgamento de mérito (art. 4º⁴⁷⁷, CPC-2015), a boa-fé e a lealdade processual, com o controle objetivo do abuso de direito processual (art. 5º⁴⁷⁸, CPC-2015), a cooperação ou colaboração (art. 6º⁴⁷⁹, CPC-2015), o contraditório substancial (art. 7º⁴⁸⁰, 9º⁴⁸¹, 10º⁴⁸², CPC-2015), a duração razoável do processo (arts. 4º e 12º⁴⁸³, CPC-2015), o autorregramento da vontade no processo (art. 190⁴⁸⁴ e 200⁴⁸⁵, CPC-2015), a exigência de fundamentação hermenêutica e analiticamente adequada (art. 11º⁴⁸⁶ e 489, § 1º⁴⁸⁷, CPC-2015),

⁴⁷² ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 140.

⁴⁷³ CPC-2015. “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

⁴⁷⁴ CPC-2015. “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁴⁷⁵ CPC-2015. “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

⁴⁷⁶ CPC-2015. “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

⁴⁷⁷ CPC-2015. “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

⁴⁷⁸ CPC-2015. “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

⁴⁷⁹ CPC-2015. “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁴⁸⁰ CPC-2015: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

⁴⁸¹ CPC-2015: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

⁴⁸² CPC-2015: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁴⁸³ CPC-2015: “Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão”.

⁴⁸⁴ CPC-2015: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

⁴⁸⁵ CPC-2015: “Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

⁴⁸⁶ CPC-2015. “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

a previsão de precedentes normativos formalmente vinculantes (arts. 926⁴⁸⁸, 927⁴⁸⁹, 489, § 1º, V e VI, CPC-2015).⁴⁹⁰

Somado a isso, Hermes Zaneti Jr. se posiciona no sentido de que “o princípio da cooperação destina-se, portanto, a transformar o processo civil em uma ‘comunidade de trabalho’ (*Arbeitsgemeinschaft, comunione di lavoro*)”, de modo “a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados”. Posto isso, Zaneti Jr. aduz que “os comportamentos das partes e do órgão jurisdicional devem ser pautados de forma objetiva para que se obtenha a decisão de mérito justa, adequada, tempestiva e efetiva”, ressaltando, outrossim, que não é uma “questão de gostos ou vontades dos juízes, do Ministério Público e das partes, mas de conformação do ordenamento jurídico em um Estado Democrático Constitucional”.⁴⁹¹

Essas considerações revelam que a cooperação processual defendida por Daniel Mitidiero, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. não é uma proposta exclusivamente axiológica, uma vez que está embasada em dispositivos constitucionais e em diversos artigos do Código de Processo Civil, que não só positivam o conteúdo do princípio da cooperação (e, como cediço, princípios são normas jurídicas), mas também conformam todo o processo civil brasileiro em torno de um ambiente cooperativo e dialógico. Está claro, então, que o princípio da cooperação não foi criado por vontade da doutrina e muito menos ainda pela vontade dos doutrinadores citados, está previsto no art. 6º do Código de Processo Civil de 2015, que, em

⁴⁸⁷ CPC-2015. “Art. 489 [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

⁴⁸⁸ CPC-2015 “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente [...]”.

⁴⁸⁹ CPC-2015. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

⁴⁹⁰ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 104.

⁴⁹¹ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 137.

conjunto com os dispositivos supracitados, conformam um novo modo de organização da divisão de tarefas entre os sujeitos processuais.

É possível, inclusive, verificar a existência objetiva do princípio da cooperação nos artigos 357, §3º e 339 do Código de 2015. O parágrafo terceiro do art. 357 prevê que: “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. Por sua vez, o art. 339 do CPC-2015 dispõe que: “quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação”. Assim, da leitura dos artigos supracitados, verifica-se, objetivamente, a existência do princípio da cooperação no direito brasileiro, imputando deveres para as partes, bem como sanções para o seu descumprimento.

Também não convence a crítica relativa à falta de consequências ao descumprimento do comportamento cooperativo pelos sujeitos processuais. Em primeiro lugar, porque há diversos dispositivos do Código de Processo Civil que sancionam o comportamento não cooperativo por parte daqueles que participam do processo, como, por exemplo, o art. 258⁴⁹², que estabelece multa para o requerimento doloso de citação por edital; o art. 334, § 8º⁴⁹³, que estabelece para as partes o dever de comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, sob pena de a ausência ser considerada ato atentatório à dignidade da justiça, com aplicação multa de até dois por cento do proveito econômico da causa, a ser revertida a favor da União ou do Estado; o art. 339⁴⁹⁴, que impõe ao réu o dever de, sempre que tiver conhecimento, indicar o sujeito passivo quando alegar ilegitimidade passiva no processo, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de

⁴⁹² CPC-2015: “Art. 258. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente a ocorrência das circunstâncias autorizadoras para sua realização, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário-mínimo”.

⁴⁹² CPC-2015: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁴⁹³ CPC-2015: “Art. 334. [...] § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado”.

⁴⁹⁴ CPC-2015: “Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação”.

indicação; o art. 536, § 3º⁴⁹⁵, que prevê a aplicação de litigância de má-fé ao executado que deixar de cumprir injustificadamente a ordem judicial, sem prejuízo da responsabilidade por crime desobediência e o art. 772, II⁴⁹⁶, que prevê a possibilidade do juiz advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça.⁴⁹⁷

Além dessas consequências previstas expressamente em dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, a desobediência aos deveres cooperativos pode ensejar, ainda, uma série de desvantagens processuais, “seja por meio da sentença de revelia [...] em caso de ausência total, seja por meio de preclusão dos argumentos intempestivos [...], seja ainda por meio de sentença de mérito [...] por insuficiência de provas ou de comprovação”.⁴⁹⁸ No ponto, Zaneti Jr. aponta que “revelia, preclusão e regras de ônus são possíveis sanções para a falta de cooperação das partes no processo”.⁴⁹⁹ No entanto, cabe ressaltar que para sancionar as partes em razão do descumprimento de deveres cooperativos não tipificados em lei o juiz deverá, primeiramente, intimar a parte alertando que sua conduta não é cooperativa. Caso a parte permaneça a apresentar o mesmo comportamento ou se mantenha inerte, poderá o juiz sancionar o comportamento que fere o ambiente cooperativo imposto pelo princípio da cooperação (art. 6º, CPC-2015).

Quanto à segunda crítica, que se refere à dupla posição do juiz no processo (paritário no diálogo e assimétrico na decisão), há, em verdade, uma confusão quanto ao conceito proposto por Daniel Mitidiero. A assimetria no momento da decisão não parece desconsiderar todas as ponderações feitas por Isabella Fonseca Alves⁵⁰⁰ quanto à redefinição do papel do juiz no processo cooperativo.⁵⁰¹ De fato, entende-se que a assimetria defendida por Daniel

⁴⁹⁵ CPC-2015: “Art. 536 [...] § 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.”

⁴⁹⁶ CPC-2015: “Art. 772. O juiz pode, em qualquer momento do processo: [...] II - advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça;”

⁴⁹⁷ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 141.

⁴⁹⁸ GREGER, Reinhard. Cooperação como Princípio Processual. In.: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.). *Normas Fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 305.

⁴⁹⁹ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 142.

⁵⁰⁰ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no código de processo civil*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 171-172.

⁵⁰¹ A propósito, Daniel Mitidiero resalta que há traços comuns entre as duas propostas, uma vez que “ambos os modelos partem da necessidade do processo civil não ser pensado a partir do ângulo da jurisdição, da necessidade de ver o processo como uma comunidade de trabalho e da existência de um dever de diálogo. Nada obstante, enquanto o modelo cooperativo prevê a existência de quatro deveres cooperativos, o modelo

Mitidiero parece simplesmente constatar que, por mais que a formação da decisão judicial no processo cooperativo se dê em uma comunidade de trabalho, em que se exige o contraditório como dever de influência, na qual todas as questões apresentadas pelas partes merecem análise do órgão julgador, onde há exigência de que as partes se comportem de acordo com a boa-fé objetiva, em que as decisões sejam hermeneuticamente e analiticamente fundamentadas etc; ainda assim, ao fim, será função do órgão judicial decidir a questão que lhe foi posta.

Nesse sentido, parece acertada a posição de Daniel Mitidiero quanto à dupla posição exercida pelo juiz (paritário no diálogo e assimétrico na decisão), desde que se considere que a “assimetria” refere-se ao fato de que a decisão judicial, apesar de ter em sua formação a participação de todos os sujeitos processuais, será obra do juiz, por outras palavras, as partes não irão prolatar a decisão em conjunto com o órgão judicial, uma vez que essa é a sua função dentro do processo. Nessa linha de raciocínio, Fredie Didier Jr. leciona que “não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função exclusiva”, mas ressalta que “a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento”.⁵⁰²

Por outro lado, isso não significa cancelar qualquer posição que defenda que a decisão judicial é ato de poder estatal e, por isso, haveria assimetria entre os sujeitos processuais. Nesse sentido, merece razão a posição esboçada por Hermes Zaneti Jr. no sentido de que “a cooperação é determinada entre todos os sujeitos do processo, que devem cooperar entre si, e ao longo de todo o arco procedimental, inclusive na fase de cumprimento e execução” e, portanto, não há que se falar que há assimetria do ponto de vista de democrático, “o que diferencia a posição do juiz e das partes é apenas o exercício de funções distintas. As partes atuam no processo em função da satisfação de seus próprios interesses” e o juiz “na função de decidir, coarcatada pelo dever de fundamentação adequada (art. 489, § 1º⁵⁰³),

comparticipativo originariamente se funda apenas no dever de consulta. Essa é a razão pelas quais os modelos não se confundem”. No entanto, o próprio Mitidiero ressalva que, em obra posterior, Dierle Nunes agrega os deveres de esclarecimento, auxílio, de prevenção e auxílio ao seu modelo participativo. Desse modo, nos parece que a posição de Daniel Mitidiero desconsidera o fato de que em um processo democrático não há assimetria entre os sujeitos processuais, mas diferentes funções que são exercidas durante o arco procedimento. (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 99).

⁵⁰² DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 48.

⁵⁰³ CPC-2015. “Art. 489 [...] §1º § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar

vedadas as decisões surpresas (art. 10⁵⁰⁴).” Assim, a decisão deve ser encarada como um dever-poder, de modo que o juiz não decide em interesse próprio, mas em benefício do interesse público primário.⁵⁰⁵⁻⁵⁰⁶

Cláudio Madureira parece também adotar a tese aqui defendida. Discorrendo acerca do modelo de processo concebido pelo Código de 2015, sustenta que o papel dos juízes é paritário no diálogo e assimétrico na decisão, fazendo a ressalva que decidir é a função institucional do juiz, de modo que os juízes “somente se impõem às partes quando firmam o seu convencimento acerca do deslinde da *vexatio quaestio*”. No entanto, defende que essa decisão somente será válida, tendo a condição de obrigar os jurisdicionados, “se forem observadas no curso do processo as garantias a eles conferidos pelas leis e pela Constituição”; que no contexto do Código de Processo Civil de 2015 envolve: (i) a ampliação da noção de contraditório, que passa a exigir que os juízes enfrentem as razões deduzidas pelas partes em suas manifestações processuais; (ii) a utilização de precedentes, que terá por escopo tornar a aplicação do direito mais objetiva, permitindo as partes deixarem de litigar quando entenderem que seu adversário está com a razão e (iii) a adoção de uma nova metódica de fundamentação jurídica, que tem por função convencer às partes quanto o acerto da decisão judicial, afastando, portanto, a ideia de que elas deveriam aceitar irrefletidamente o livre convencimento motivado dos magistrados acerca da lide em disputa.⁵⁰⁷

Por fim, a terceira crítica aventada por Isabella Fonseca Alves é correta. De fato, não se comunga da posição de Daniel Mitidiero quanto à inexistência de deveres cooperativos

qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

⁵⁰⁴ CPC-2015: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁵⁰⁵ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 138.

⁵⁰⁶ Ressalta-se que Hermes Zaneti Jr., em nota de rodapé de artigo de sua autoria, manifesta-se no sentido de que sua posição é contrária à de Daniel Mitidiero, todavia, consideramos que é possível realizar uma compatibilização das posições caso se considere que Mitidiero está a se referir em assimetria apenas no sentido de que a decisão é função do órgão julgador, nesse sentido cf. ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 138. Nota 96.

⁵⁰⁷ MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207.

recíprocos entre as partes no modelo cooperativo de processo.⁵⁰⁸ Compreende-se correta a posição de Didier Jr. quanto ao fato de que “o processo é um feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções”, sendo “por isso que o art. 6º do CPC determina que todos os sujeitos do processuais devem cooperar entre si”. Portanto, “os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc.”.⁵⁰⁹

Com efeito, a redação literal do art. 6º do CPC-2015 dispõe que a cooperação grava todos os sujeitos processuais, ao estabelecer que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Assim, mostra-se inadequada interpretação que limite o comando legal, vez que se trata de escolha feita pelo legislador que guarda sintonia com a Constituição de 1988.⁵¹⁰ No entanto, compreende-se que a análise dos deveres cooperativos a partir da relação entre os sujeitos processuais tem a potencialidade de induzir a ideia de que os deveres cooperativos são imputados entre as partes a partir de uma perspectiva subjetiva, por outras palavras, esquece-se que é irrelevante qual relação será gravada pelo cooperação; o que o art. 6º determina é que todos os sujeitos processuais devem atuar em cooperação com vistas à obtenção de uma decisão de mérito justa e efetiva. Destarte, em verdade, o que dispositivo busca é que as partes *cooperem para o processo*, como sustenta Hermes Zaneti Jr.⁵¹¹

No Estado Democrático Constitucional o processo tem como finalidade a tutela adequada, tempestiva, justa e efetiva, de forma previsível e constitucionalmente compatível aos direitos fundamentais. Disso resulta a necessidade de civilização do litígio, que no direito brasileiro se verifica a partir da positivação da cláusula geral da boa-fé pelo art. 5º⁵¹² do Código de Processo Civil de 2015. A cláusula geral da boa-fé se apresenta sob duas perspectivas: (i) o modelo de processo civil cooperativo é delineado de forma a garantir um

⁵⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70-71.

⁵⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 19.

⁵¹⁰ Em sentido contrário, cf. STRECK, Lenio; DELFINO, Lucio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em 07. mar. 2018.

⁵¹¹ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 138.

⁵¹² CPC-2015: “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

ambiente confiável e seguro em que o contraditório e a igualdade processual conformam todo o arco procedimental e (ii) conformar o comportamento das partes para garantia da aderência à realidade e da confiança no tráfego processual, até mesmo mediante sanções para os comportamentos contrários à boa-fé, à lealdade objetiva e em abuso de direitos processuais.⁵¹³

Toda essa estrutura cooperativa visa conformar os comportamentos das partes normativamente de modo a alcançar as referidas finalidades do processo no Estado Democrático Constitucional. Assim, a todos os sujeitos processuais são impostos deveres cooperativos *para com o processo*. Há, inclusive, artigos no Código de Processo Civil de 2015 que corroboram essa posição, como, respectivamente, os artigos 190⁵¹⁴ e 191⁵¹⁵ (negócios processuais) e o art. 357 § 3º (saneamento compartilhado).⁵¹⁶

Os primeiros dois artigos tratam de negócios processuais e possibilitam que as partes, nos casos em que o processo verse sobre direitos disponíveis, estabeleçam mudanças no procedimento de modo a ajustá-lo às especificidades da causa, sendo possível convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, bem como fixar calendário para a prática de atos processuais. Disso extrai-se que os artigos em comento preveem situações em que os adversários cooperam entre si durante o processo, contrariando o posicionamento de Daniel Mitidiero. No entanto, em verdade, o CPC-2015 permite que as partes realizem ajustes quanto ao procedimento para possibilitar que o processo seja um instrumento para a tutela dos direitos de forma justa, adequada e tempestiva. Portanto, compreende-se que as partes estarão de fato cooperando *para o processo*.

Por sua vez, o § 3º do art. 357 (CPC-2015) prevê o saneamento compartilhado, facultando ao juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, podendo convidá-las para integrar ou esclarecer suas alegações. Quanto a esse dispositivo, Zaneti Jr. pontua que ele “traz o espírito da comunidade de trabalho”.⁵¹⁷ Por sua

⁵¹³ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 132.

⁵¹⁴ CPC-2015: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

⁵¹⁵ CPC-2015: “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

⁵¹⁶ CPC-2015: “Art. 357 [...] § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

⁵¹⁷ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 141.

vez, Fernando da Fonseca Gajardoni considera que o dispositivo permite que o juiz se esclarecer e ser esclarecido à luz dos deveres inerentes à cooperação (esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio) e a seguir tomando as decisões a respeito das questões processuais pendentes, questões de fato, quanto às provas que devem ser produzidas, a distribuição do ônus de prova e questões de direito relevantes para a decisão de mérito, tudo isso com a participação cooperativa das partes.⁵¹⁸

Vê-se, pois, que todos os feixes de relações jurídicas entre os sujeitos processuais devem ser orientados em torno de comportamentos cooperativos, uma vez que o processo contemporâneo possui como dimensão pública a garantia dos direitos fundamentais e a tutela aos direitos de forma justa, adequada e tempestiva. Desse modo, todos aqueles que de alguma forma participam do processo estão gravados por deveres cooperativos para com o processo, que poderão estar tipificados na legislação ou podem ser imputados diretamente por meio do princípio da cooperação. A partir da análise dos dispositivos acima, demonstrou-se, ainda, que o próprio Código de Processo Civil de 2015, de maneira expressa, não limita os comportamentos cooperativos à relação do juiz para com as partes e vice-versa, pelo que se deve ler que a cooperação processual no Direito brasileiro se configura como *cooperação para o processo*, conforme sustenta Hermes Zaneti Junior.⁵¹⁹

⁵¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O saneamento compartilhado no novo CPC. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-saneamento-compartilhado-no-ncpc-08082016>>. Acesso em 16. abr. 2018.

⁵¹⁹ ZANETI JR., Hermes. CPC/15: o ministério público como instituição de garantia e as normas fundamentais processuais. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional*. A atuação das corregedorias do ministério público. v. 2. Ano 2017. p. 137-138.

CONCLUSÕES

1. Este estudo tem por objetivo examinar se a cooperação processual prevista no Código de Processo Civil de 2015 (art. 6º) imputa deveres cooperativos entre as partes, ou se apenas a relação entre o juiz e as partes estaria gravada por deveres cooperativos.

2. A pesquisa teve início com o estudo dos modelos de organização de processo, identificados como adversarial, inquisitivo e cooperativo.

2.1 O modelo adversarial tem como principais características o protagonismo das partes na condução do processo e a postura relativamente passiva do juiz durante o arco procedimental. A razão teórica para essa estrutura de processo tem raízes no modelo liberal de Estado, no qual o valor liberdade assume posição preponderante, de modo que é vista como imprópria qualquer interferência do Estado-juiz na esfera privada das partes, inclusive no ambiente processual. Predominam no modelo adversarial o princípio dispositivo e a igualdade formal.

2.2 O modelo inquisitivo organiza o processo enquanto uma “investigação-oficial”. Desse modo, o órgão judicial terá protagonismo durante o arco procedimental, uma vez que é seu papel a busca pela “verdade real”. Esse modelo de processo tem origem na doutrina do Estado-Social, produto do movimento da socialização processual, que teve como expoentes os juristas Anton Menger, Franz Klein e Oskar von Bülow.

2.3 O modelo cooperativo se configura como uma nova espécie de modelo processual, que encontra fundamento no princípio da cooperação e objetiva transformar o processo em uma comunidade de trabalho, de modo que tanto o juiz quanto as partes sejam responsáveis pelos resultados do processo. Os princípios da boa-fé (boa-fé objetiva) e do contraditório têm singular importância para a formação do modelo cooperativo processual.

3. Na sequência, apresentou-se as fases metodológicas do processo civil, quais sejam, o praxismo (sincretismo), o processualismo (autonomismo), o instrumentalismo e o formalismo valorativo, de forma a relacioná-las a cada um dos modelos de processo (adversarial, inquisitivo e cooperativo).

3.1 O praxismo corresponde à fase mais primitiva do processo, quando não se vislumbrava o processo enquanto disciplina distinta do direito material. Compreende um longo período histórico, no qual é possível identificar processos

próximos tanto ao modelo adversarial quanto ao modelo inquisitivo. O processo romano clássico (*legis actiones* e *per formula*), o processo grego antigo e o processo italiano medieval se aproximam do modelo adversarial, dada a importância conferida às partes durante o arco processual. Também a fase da *cognitio extra ordinem* do processo romano e o processo prussiano do século XVIII são compreendidos na fase praxista, mas se aproximam do modelo inquisitivo, uma vez que conferem ao órgão judicial acentuados poderes na direção do processo, relegando às partes um papel secundário.

3.2 O processualismo e o instrumentalismo conceberam o juiz enquanto protagonista da relação processual, sendo sua tarefa corrigir os rigores da lei e equilibrar as condições das partes na relação processual, guardando, portanto, maior proximidade ao modelo inquisitivo de processo.

3.3 O formalismo-valorativo se caracteriza pela opção teórica de redirecionar o processo para o centro da Teoria Geral do Processo, bem como pela construção e aplicação de um formalismo preenchido por princípios constitucionais. Dentro desse contexto, pontuou-se que emergem como pontos fulcrais do formalismo valorativo a ideia de um contraditório reforçado e a preocupação com o aspecto ético do processo. Essa construção teórica se amolda ao modelo cooperativo de processo, que é fundado em torno de uma comunidade de trabalho, pelo redimensionamento do princípio do contraditório e pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao ambiente processual.

4. Ato contínuo, demonstrou-se a viragem ocorrida na Teoria do Direito a partir do Pós-Segunda Guerra mundial, quando o Direito Constitucional passa a servir de fundamento para todos os ramos do Direito, inclusive o Direito Processual. Discorreu-se, ainda, sobre a emergência do Estado Democrático Constitucional, bem como acerca do aumento da complexidade na interpretação e aplicação do direito a partir da absorção de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados pelo ordenamento jurídico, o que impede a escolha de modelo processual que não seja pautado em uma lógica argumentativa.

5. Adiante, destacou-se que, se no Estado Democrático Constitucional, o processo não pode mais ser encarado como uma “guerra”, uma “batalha particular”, que deve ser travada entre as partes com reduzida participação do órgão julgador (como nos moldes do modelo adversarial), ele também não pode mais ser compreendido como uma forma de aplicação do Direito pelo Estado-juiz, que estaria autorizado a fazê-lo sem a participação

efetiva das partes durante o arco procedimental (característica do modelo inquisitivo). Disso resulta a identificação do modelo cooperativo como o modelo processual capaz de atender, no ambiente processual, as exigências do Estado Democrático Constitucional.

6. Registrou-se, ainda, que o modelo cooperativo retira o seu fundamento do princípio da cooperação, que é princípio jurídico dotado de normatividade, porque impõe um *estado de coisas* (como a exigência de que o ambiente processual se forme em torno de uma comunidade de trabalho, de que o processo seja marcado pelo diálogo entre todos os sujeitos processuais, de que as partes possam influenciar a decisão judicial, assim como de que o juiz possa se esclarecer junto aos litigantes, de que as partes atuem no processo com boa-fé, etc). Para promover esse *estado de coisas* serão imputados deveres cooperativos aos sujeitos do processo. O descumprimento dos deveres cooperativos pode gerar sanções expressamente tipificadas em lei. Além das hipóteses tipificadas pela legislação, observou-se que a falta de cooperação tem o potencial de acarretar uma série de desvantagens processuais, seja por meio de sentença de revelia, seja por meio de preclusão dos argumentos intempestivos, seja por sentença de mérito por insuficiência de provas ou de comprovação. Portanto, a revelia, a preclusão e aplicação de regras de ônus são possíveis sanções para o comportamento não cooperativo.

7. Constatou-se, ainda, que é lícito ao juiz impor determinado comportamento cooperativo durante o arco procedimental, uma vez que o princípio da cooperação é norma jurídica que tem aplicabilidade imediata. Porém, como não há tipificação quanto ao comportamento desejado pelo órgão judicial, deverá o juiz intimar a parte para se comportar de uma determinada maneira, de modo que, apenas quando ignorada a ordem judicial, a parte poderá ser sancionada em razão do comportamento não cooperativo.

8. Por fim, a partir das disposições legislativas do Código de Processo Civil de 2015 e do estudo do modelo cooperativo de processo, assentou-se que os deveres cooperativos decorrem do princípio da boa-fé objetiva e exigem comportamentos cooperativos para todos os sujeitos processuais durante todo o arco procedimental. Defendeu-se que o objetivo do processo contemporâneo é a tutela dos direitos de forma adequada, tempestiva e efetiva, previsível e constitucionalmente compatível aos direitos fundamentais, de modo que todos os sujeitos processuais, sem exceção, devem observar os deveres cooperativos. A cooperação processual deve ser entendida como cooperação para o processo e, assim, não só o juiz e as partes (considerados conjuntamente) devem cooperar entre si, mas todos aqueles que participam do processo. Os deveres cooperativos devem ser compreendidos a partir da função contrafática do fenômeno jurídico, de modo que serão impostos

comportamentos contraintuitivos aos sujeitos processuais. Assim, a conclusão que se impõe é os deveres cooperativos decorrem de normas jurídicas e preveem comportamentos que são impositivos a todos aqueles que participam do processo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de exploração hermenêutica da teoria processual. *Revista de Processo*. vol. 166. dez/2008. Revista dos Tribunais Online.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Joaquim Márcio de Castro. *Emendatio libelli. A emenda judicial da acusação in pejus: uma nova leitura à luz do modelo constitucional do processo penal e da teoria discursiva do direito e da democracia*. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: PUC-MG, 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. ver. e acrescida de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. Disponível em: http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismovalorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm>. Acesso em 28. jul. 2017.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *AJURIS*, ano XXX, p. 55-84, junho, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em 06. jan. 2018.

ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2004.

AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo cpc*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio Araujo. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Temas de direito processual – 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARTLETT, Robert. *Trial by fire and water*. Oxford: Oxford University Press, 1986.

BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 27, série 2, p. 253-271

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

BENTHAM, Jeremy *Principal of Judicial Procedure: with outlines of a procedure code*. Publisher: WealthOfNation. Kindle Edition.

BITTAR, Carlos Eduardo Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Coleção Pensamiento Contemporâneo. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: O processo civil na perspectiva do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRUNER, Jerome S. In: CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014

BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BÜLOW, Oskar Von. *Gesetz und Richteramt. Juristische Zeitegeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Campinas: LZN, 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. O Contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, n.126, 2005.

CADIET, Löic. Los acuerdos procesales em derecho francês: situación actual de la contractualización del proceso y dela justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v. 3, n.3, p. 18. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true>. Acesso em 10 jan. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 24. ed. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2012.

CAMBI, Eduardo. *Panóptica*, ano 1, n. 6. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/download/59/64>>. Acesso em 06. ago. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.]. *Comentários à constituição do brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Vol. 1. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo y Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- America, 1974.

CARNACINI, Tito. *Tutela giurisdizionale e técnica de processo*. In: Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento. Milano: Giuffrè, 1951, v. II.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários ao novo código de processo civil*. V. 1. Curitiba: Editora: Juruá, 2015.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CLARK, David S. Civil procedures. In: ANSAY, Tugrul; CLARK, David S. *Introduction to the law of the united states*.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: legislação complementar e jurisprudência. 2. Ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2016.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. [1983] 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Art. 1º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DAMAŠKA, Mirjan R. *The face of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale University Press. New Haven and London. p. 73.

DAVID, Rene. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

DEL CARO, Roberto. *Direção material do processo*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2009.

DENTI, Vittorio. Valori costituzionali e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 39, série 2, p. 443-464

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. v. 1. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIDIER JR., Fredie. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo judicial e garantismo processual*. 1. ed. Coord.: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAZZALARI, Elio. L'esperienza del processo nella cultura contemporanea. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 20, série 2, p. 10-30.

FORSYTH, William. The history of lawyers: ancient and modern. New York: J. Cockcroft, 1875. p. 298-302.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos*. 2. ed. Vol. I. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 7.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O saneamento compartilhado no novo CPC. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-saneamento-compartilhado-no-ncpc-08082016>>. Acesso em 16. abr. 2018.

GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes. *Direito nos estados unidos*. São Pulo: Manole, 2004.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na accção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *Julgar*. Coimbra, n. 01, jan./abr. 2007.

GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 6. setembro/2003. p. 47-59.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. II. Rio de Janeiro: 1997.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. *Lua nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea. n. 36. p. 35-54, 1995.

HAZARD, Geoffrey C. Jr.; Taruffo, Michelle. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KOCHEM, Ronald. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). *Revista de Processo*. Ano 41. vol. 251. Janeiro/2016. p. 75-111.

LACERDA, Galeno. Processo e Cultura. *Revista de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1961, vol. III.

LAMY, Eduardo de Abelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Curso de processo civil: teoria geral do processo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010

LANDSMAN, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. *Ohio State Law Journal*, vol. 44, no. 3 (1983), 713-739. Disponível em: < <https://goo.gl/bvCihj> >. Acesso em 24. dez. 2017.

LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée Lettow; SMITH, Bruce P. *History of the common law: the development of anglo-american legal institutions*. New York: Aspen Publishers, 2009.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 6. ed. Coleção clássicos do direito. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

LEESON, Peter T. Ordeals. *Journal of Law and Economics*, vol. 55 (August 2012). The University of Chicago. p. 694. Disponível em: < <http://www.peterleeson.com/Ordeals.pdf> >. Acesso em 06. Jan. 2017.

MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JR., Hermes. Formalismo-valorativo e o novo processo civil. *Revista de Processo*. vol. 272/2017.

MADUREIRA, Cláudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(8\)%20%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(8)%20%20formatado.pdf)>. Acesso em 12. jan. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acesso em 03. ago. 2017.

MATTEUCCI, Nicola. In: BOBBIO; Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 11 ed. Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

MEADOR, Daniel John. *American courts*. St. Paul, West Group. 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. 3. Ed. São Paulo: É Realizações, 2014.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDONO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal system of europe and latin america*. 3rd. California: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/artic le/download/49871/31208>>. Acesso em 27. jul. 2017.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao estudo do direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 11. ed. Barcelona: Ariel, 2003.
NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 5 ed. São Paulo: RT, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. A função contrafática do Direito e o Novo CPC. *Revista do advogado*. n. 126. O novo código de processo civil. São Paulo: AASP, 2015, n. 126.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual contemporâneo: teoria geral do processo*. 7. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

POLLOCK, Frederick; MAITLAND. The history of English law before the time of Edward I. Reprint of 2nd edition, with a Select Bibliography and Notes by Professor S.F. Milsom. (Indianapolis: Liberty Fund, 2010). Vol. 1. p. 598-674. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/pollock-the-history-of-english-law-before-the-time-of-edward-i-vol-1>>. Acesso em 12. jan. 2018; Landsman, Stephan. A Brief Survey of the Development of the Adversary System. Ohio State Law Journal, vol. 44, no. 3 (1983), 713-739. Disponível em: <<https://goo.gl/bvCihj>>. Acesso em 24. dez. 2017

PLUCKNETT, Theodore F.T. A concise history of the common law. Fifth Edition. Originally published: Boston: Little, Brown and Company, 1956. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/plucknett-a-concise-history-of-the-common-law>>. Acesso em 24 dez. 2017.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. Doxa, vol. 21, nº II, p. 339.

QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Lígia; OLIVEIRA, M. G. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

QUINTÃO, Thales Torres. Democracia participativa e deliberativa: congruências ou modelos em disputa. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Vol. 16. n. 26. ago/dez 2014. p. 53-89

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil: premissas e institutos fundamentais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <<https://goo.gl/ZWfLR7>>. Acesso em 04. ago. 2017.

SERINI, Angelo Pietro. El proceso civil en los Estados Unidos. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ed. Juridicos Europa-America, 1958.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual elementar de processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lex: Lisboa, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio; DELFINO, Lucio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em 07. mar. 2018.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 3. ed. p. 538-539.

TARUFFO, Michele. Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana. Cedam: Padova, 1979.

TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: ensaios. Tradução: Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos e aplicações. Revista Brasileira de Estudos constitucionais, v. 1, 2007. p. 79-102.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Notas sobre o contraditório no projeto do novo CPC Disponível em: <<https://goo.gl/yytdno>>. Acesso em 18. jan. 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995.
ZILI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul, UFRGS, 2005.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. São Paulo: Atlas, 2014.

ZANETI JR., Hermes. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica. *Revista de Processo*. Ano 41. vol. 259. setembro/2016. p. 21-54.